

تكملة المجموع شرح المهذب

للإمام أبي إسحاق إبراهيم بن علي بن يوسف الشيرازي

تأليف

الشيخ عادل أحمد عبد الموجود
الدكتور أحمد عيسى حسن المعصراوي
الدكتور حسين عبد الرحمن أحمد
الدكتور محمد أحمد عبد الله
الدكتور مجدي سرور باسلوم
الدكتور أحمد محمد محمد عبد العال
الدكتور بدوي علي محمد سيد
الدكتور إبراهيم محمد عبد الباقي

الجزء الرابع عشر

منشورات
محمد علي بيضون
لنشر كتب السنة والجماعة
دار الكتب العلمية
بيروت - لبنان



الطبعة الأولى
١٤٢٣ هـ ـ ٢٠٠٢ م

دار الكتب العلميـة
بيروت ـ لبنان

رمل الظريف، شارع البحتري، بناية ملكارت
هاتف وفاكس : ٣٦٤٣٩٨ ـ ٣٦٦١٣٥ ـ ٣٧٨٥٤٢ (١ ٩٦١)
صندوق بريد : ٩٤٢٤ ـ ١١ بيروت . لبنان

Dar Al-Kotob Al-ilmiyah
Beirut - Lebanon

Ramel Al-Zarif, Bohtory St., Melkart Bldg., 1st Floor
Tel. & Fax : 00 (961 1) 37.85.42 - 36.61.35 - 36.43.98
P.O.Box : 11 - 9424 Beirut - Lebanon

Dar Al-Kotob Al-ilmiyah
Beyrouth - Liban

Ramel Al-Zarif, Rue Bohtory, Imm. Melkart, 1ère Étage
Tel. & Fax : 00 (961 1) 37.85.42 - 36.61.35 - 36.43.98
B.P. : 11 - 9424 Beyrouth - Liban



http://www.al-ilmiyah.com/

e-mail: sales@al-ilmiyah.com
info@al-ilmiyah.com
baydoun@al-ilmiyah.com

بِسْمِ ٱللَّهِ ٱلرَّحْمَٰنِ ٱلرَّحِيمِ

قال المصنف - رحمه الله تعالى -:

باب: التفليس

إذا كان على رجل دين، فإن كان مؤجلًا، لم يجز مطالبته؛ لأنا لو جوزنا مطالبته، سقطت فائدة التأجيل، فإن أراد سفرًا قبل محل الدين؛ لم يكن للغريم منعه.

ومن أصحابنا من قال: إن كان السفر مخوفًا، كان له منعه؛ لأنه لا يأمن أن يموت؛ فيضيع دينه، والصحيح هو الأول؛ لأنه لا حق له عليه قبل محل الدين، وجواز أن يموت لا يمنع من التصرف فى نفسه قبل المحل؛ كما يجوز فى الحضر أن يهرب، ثم لا يملك حبسه، لجواز الهرب.

وإن قال: أقم لى كفيلًا بالمال؛ لم يلزمه؛ لأنه لم يحل عليه الدين، فلم يملك المطالبة بالكفيل؛ كما لو لم يرد السفر.

وإن كان الدين حالاً؛ نظرت: فإن كان معسرًا؛ لم يجز مطالبته؛ لقوله - تعالى -: ﴿وَإِن كَانَ ذُو عُسْرَةٍ فَنَظِرَةٌ إِلَىٰ مَيْسَرَةٍ﴾ [البقرة: ٢٨٠]، ولا يملك ملازمته؛ لأن كل دين لا يملك المطالبة به، لم يملك الملازمة عليه؛ كالدين المؤجل.

فإن كان يحسن صنعةً؛ فطلب الغريم أن يؤجر نفسه؛ ليكسب ما يعطيه - لم يجبر على ذلك؛ لأنه إجبار على التكسب، فلم يجز؛ كالإجبار على التجارة.

وإن كان موسرًا، جازت مطالبته؛ لقوله - تعالى -: ﴿وَإِن كَانَ ذُو عُسْرَةٍ فَنَظِرَةٌ إِلَىٰ مَيْسَرَةٍ﴾ فدل على أنه إذا لم يكن ذا عسرة لم يجب إنظاره، فإن لم يقضه، ألزمه الحاكم، فإن امتنع، فإن كان له مال ظاهر باعه عليه؛ لما روى عن عمر - رضى الله عنه - أنه قال: ألا إن الأسيفع أسيفع جهينة، رضى من دينه أن يقال: سبق الحاج، فادّان معرضًا فأصبح وقد دين به، فمن له دين فليحضر؛ فإنا بايعو ماله، وقاسموه بين غرمائه.

وإن كان له مال كتمه، حبسه وعزره حتى يظهره، فإن ادعى الإعسار، نظرت: فإن لم يعرف له قبل ذلك مال، فالقول قوله مع يمينه؛ لأن الأصل عدم المال.

فإن عرف له مال، لم يقبل قوله؛ لأنه معسر إلا ببينة؛ لأن الأصل بقاء المال.

فإن قال: غريمى يعلم أنى معسر، أو أن مالى هلك فحلفوه، حلف؛ لأن ما يدعيه محتمل.

فإن أراد أن يقيم البينة على هلاك المال، قبل فيه شهادة عدلين، فإن أراد أن يقيم البينة على الإعسار، لم يقبل إلا بشهادة عدلين من أهل الخبرة والمعرفة بحاله؛ لأن الهلاك يدركه كل أحد، والإعسار لا يعلمه إلا من يخبر باطنه.

فإن أقام البينة على الإعسار، وادعى الغريم أن له مالًا باطنًا، فطلب اليمين عليه؛ ففيه قولان:

أحدهما: لا يحلف؛ لأنه أقام البينة على ما ادعاه، فلا يحلف؛ كما لو ادعى ملكًا، وأقام عليه البينة.

والثاني: يحلف؛ لأن المال الباطن يجوز خفاؤه على الشاهدين فجاز عرض اليمين فيه عند الطلب؛ كما لو أقام عليه البينة بالدين، وادعى أنه أبرأه منه.

وإن وجد فى يده مال، فادعى أنه لغيره؛ نظرت: فإن كذبه المقر له، بيع فى الدين؛ لأن الظاهر أنه له؛ وإن صدقه، سلم إليه.

فإن قال الغريم: أحلفوه لى أنه صادق فى إقراره؛ ففيه وجهان:

أحدهما: يحلف؛ لأنه يحتمل أن يكون كاذبًا فى إقراره.

والثاني: لا يحلف، وهو الصحيح؛ لأن اليمين تعرض ليخاف فيرجع عن الإقرار، ولو رجع عن الإقرار، لم يقبل رجوعه، فلا معنى لعرض اليمين.

(الشرح) قوله: لما روى عن عمر أنه قال: ألا إن الأسيفع أسيفع جهينة. . .».

أخرجه مالك فى الموطأ[١]:

وسنده منقطع كما قال الحافظ فى التلخيص[٢].

ووصله الدارقطنى فى العلل[٣] من طريق زهير بن معاوية عن عبيد الله بن عمر عن عمر بن عبد الرحمن بن عطية بن دلاف عن أبيه عن بلال بن الحارث عن عمر به.

وهو عند مالك: عن ابن دلاف عن أبيه أن رجلا ولم يذكر بلالًا.

قال الدارقطنى: والقول قول زهير ومن تابعه.

قلت: أى أن الدارقطنى رجح ذكر بلال فى الاسناد.

---

(١) (٢/ ٧٧٠) كتاب الوصية باب جامع القضاء وكرامته، حديث (٨) .

(٢) (٣/ ١٠٤) .

(٣) ٢/ ١٤٧ - ١٤٨ (١٧٢) .

وأخرجه ابن أبى شيبة[١]، عن عبد الله بن إدريس عن العمرى بمثل إسناد الدارقطنى.

وللأثر طرق أخرى واختلافات ذكرها الدارقطنى فى العلل[٢] والحافظ فى التلخيص[٣].

قوله[٤]: «ألا إن الأُسَيْفِعَ أُسَيْفِعَ جُهَيْنَةَ رَضِىَ مِنْ دِينِهِ أن يقال: سبق الحاج، فادَّانَ معرضًا، فأصبح وقد دين به» أُسَيْفِعُ: تصغير أَسْفَعَ من السفعة، هى: سواد مُشْرَبٌ بحمرة[٥]، يكون صفة وعَلَمًا.

قال ابن باطيش فى المغنى[٦]:

قوله: «أسيفع جهينة»: هو أسيفع - بضم الهمزة، وفتح السين وسكون الياء تحتها نقطتان، وفاء عين مهملة، كذا ذكره ابن ماكولا صاحب الإكمال فى باب أسيفع وأسميفع، هو الذى باع عمر بن الخطاب - رضى الله عنه - ماله فى قضاء ديونه[٧]

قوله: «التفليس» أصله من «أفلس الرجل»: إذا صارت دراهمه فلوسًا وزُيوفًا. ويجوز أن يكون قد صار إلى حد يقال: ليس معه فَلْسٌ[٨]، قال الأزهرى[٩]: ومأخذه من الفلوس التى هى أخس مال الرجل، كأنه إذا حجر عليه منعه من التصرف فى ماله إلا فى الشيء التافه الذى لا يعيش إلا به. وقد أفلس الرجل: إذا عدم المال، ويقال: تفالس: إذا ادعى الإفلاس.

وحقيقته الانتقال من حالة اليسر إلى حالة العسر. وقد فلسه القاضى تفليسًا حكم بإفلاسه، ونادى عليه وشهره بين الناس بأنه صار مفلسًا وأفلس إفلاسًا صار

---

(١) ٧/ ٢١٩ (٢٩٥٧).
(٢) (٢/ ١٤٧ - ١٤٨).
(٣) (٣/ ١٠٤).
(٤) ينظر: النظم ١/ ٢٦٧.
(٥) كذا فى المحكم ١/ ٣١١. وقال الأزهرى: لا تكون السفعة إلا سوادا مشربا وُرْقة. تهذيب اللغة ٢/ ١٠٩.
(٦) (٢/ ٦١).
(٧) تنظر ترجمته فى: الإكمال ١/ ٨٩، ٩٠، وتهذيب الأسماء للنووى ١/ ١٢٣.
(٨) ينظر: الصحاح (فلس)، والمغنى ١/ ٣٤٩.
(٩) ينظر: الزاهر ٢٢٦.

مفلسًا[١]. وهم قوم مفاليس اسم جمع مفلس أو جمع مفلاس. وهو مُفْلِس ومُفَلَّس وهو الذى فلسه القاضى أى نادى عليه بالإفلاس[٢].

تعريفه فى اصطلاح الفقهاء:

مذهب الحنفية: الإفلاس هو أن يحكم القاضى بتفليس الشخص الذى يكون عليه ديون تستغرق كل أمواله أو تزيد على أمواله[٣]. والمفلس قد يراد به الذى لا مال له أصلا. وقد يراد به الذى يدعى الإفلاس وإن كان غنيًا فى نفسه. وقد يراد به من حاله حال المفلس[٤].

مذهب المالكية: قال ابن رشد: الإفلاس فى الشرع يطلق على معنيين:

أحدهما: أن يستغرق الدين مال المديون فلا يكون فى ماله وفاء بدينه.

والثانى: ألا يكون له مال معلوم أصلا[٥]. وهو ينقسم إلى قسمين: عام وخاص فالإفلاس العام: هو قيام الدائن على مديونه الذى ليس له مال يفى بدينه. والإفلاس الخاص: هو قضاء القاضى بخلع كل مال المديون.

والمفلس: هو المحكوم عليه بالإفلاس والمفلس هو كل من عدم المال[٦].

مذهب الشافعية: الإفلاس: هو جعل القاضى المديون مفلسا بمنعه من التصرف فى أمواله لتعلق الدين بها. والمفلس هو من حجر عليه لنقص ماله عن دين عليه لآدمى[٧].

مذهب الحنابلة: الإفلاس شرعًا: هو عجز الشخص عن قضاء الديون الحالة عليه[٨]. والمفلس شرعًا: هو من كان دينه أكثر من ماله الموجود، وخرجه أكثر من دخله. وسمى مفلسًا وإن كان ذا مال؛ لأن ماله مستحق الصرف فى جهة دينه فكأنه معدوم، ويجوز أن يكون قد سمى بذلك لما يئول إليه من عدم ماله بعد وفاء

---

(١) ينظر القاموس المحيط (٢/ ٢٣٥) .
(٢) ينظر أساس البلاغة ص (٢٤٧) .
(٣) ينظر حاشية ابن عابدين (٥/ ٩٩) .
(٤) ينظر نتائج الأفكار على الهداية (٧/ ٢٢٧) .
(٥) ينظر بداية المجتهد (٢/ ٢٧٤) .
(٦) ينظر شرح الخرشي (٥/ ٣٠٢، ٣٠٣) .
(٧) ينظر اسمى المطالب (٢/ ١٨٣) .
(٨) ينظر كشاف القناع (٢/ ١٣٦) .

دينه[١].

مذهب الظاهرية: قال ابن حزم: المفلس هو من لا يبقى له شيء بعد قضاء دين الدائنين[٢].

قوله: «لم يجبر»، الإجبار لغة: القهر والإكراه. يقال: أجبرته على كذا حملته عليه قهرًا، وغلبته فهو مجبر. وفى لغة بنى تميم وكثير من أهل الحجاز: جبرته جبرًا وجبورًا، قال الأزهرى: جبرته وأجبرته لغتان جيدتان. وقال الفراء: سمعت العرب تقول: جبرته على الأمر وأجبرته[٣].

ولا يخرج معناه الاصطلاحى عن معناه اللغوى.

وقوله: (جُهَيْنَةُ) من بطون قضاعة بن مالك بن حمير[٤]. وعن قطرب أنها منقولة من مُصَغَّر جُهَانَةَ على الترخيم، يقال: جارية جهانة، أى: شابَّة[٥].

وقوله: «ادَّانَ»: افتعل من الدين كاقترض من القرض. معرضًا: من قولهم: طأ مُعرضًا، أى: ضع رِجْلَك حيث وقعت ولا تتق شيئًا، وأنشد يعقوب للبَعيث:

فطأْ معرضًا إن الحُتوف كثيرة   وإنك لا تبقى من المال باقيا[٦]

أراد: فاستدان ما وجد ممن وجد، والحقيقة: من أى وجه أمكنه، ومن أى عرض تأتى له غير مميز ولا مُبال بالتبعة. ورين: أى: غُلب [وفُعِلَ] بشأنه، نقلت هذا من الفائق[٧].

وقال فى غيره «فادَّانَ مُعرضًا» أى: من كل من عرض له[٨]. وقيل: معرضًا عن القضاء[٩]، وقيل: اعترض لكل من يقرضه، وقيل: أعرض عن كل من قال له: لا

---

(١) ينظر المغنى والشرح الكبير (٤/٤٥٦).
(٢) ينظر المحلى (٨/ ٦٣٥).
(٣) ينظر: لسان العرب، والقاموس، والمصباح (جبر).
(٤) ينظر: جمهرة الأنساب ٤٤٠، ٤٤٤، الفائق ٢/ ١٨٥.
(٥) ذكره الزمخشرى فى الفائق. وقال ابن دريد: من الجَهْن، والجهن: الزجر وغلظ الكلام. الاشتقاق ٢٥١. وعن ثعلب أنها مصغرة جُهْنة. اللسان (جهن).
(٦) ينظر: أساس البلاغة (عرض)، والتاج (عرض)، وبلا نسبة فى جمهرة اللغة ص ٧٤٨ ويروى «الخطوب» بدل «الحتوف»، و «لنفسك» بدل «من المال».
(٧) ينظر: الفائق ٢/ ١٨٥.
(٨) ينظر: غريب الحديث ٣/ ٢٦٩، تهذيب اللغة ١/ ٣٦٠.
(٩) ينظر: النهاية ٣/ ٢١٥.

تستدن. وكان يأخذ الدين فيشترى به النجائب السوابق بالأثمان الغالية. ويقال: رَانَ على قلبه ذنبه يرين ريونًا[١]، أى: غلب، قال الله تعالى: ﴿بَلْ رَانَ عَلَىٰ قُلُوبِهِم مَّا كَانُوا يَكْسِبُونَ﴾ [المطففين: ١٤][٢]، قال الحسن: هو الذنب على الذنب حتى يسود القلب[٣]. وأصله الطبع والدنس [٤]. قال أبو زيد: رِيْنَ بالرجل: إذا وقع فيما لا يستطيع الخروج منه [٥].

ومعنى «رَضِيَ مِنْ دِينِهِ» أى: أنه لم يقصد الحج، وإنما قصد المفاخرة وأن يسبق الحاج فيقفل قبلهم، لا للدين.

قوله: «بَيْنَ غُرَمَائِهِ» الغريم: من الأضداد، يقال لمن عليه الدين، ولمن له الدين، وأصله: مِنَ الغُرْمِ، وهو: أداء ما يطالب به واجبًا كان أو غير واجب. وقال الفراء[٦]: سمى غريمًا؛ لإدامته التقاضى وإلحاحه، من قوله تعالى: ﴿إِنَّ عَذَابَهَا كَانَ غَرَامًا﴾ [الفرقان: ٦٥][٧] يعنى مُلِحًّا دائمًا، وفلان مغرم بالنساء، أى: مداوم لهن.

الأحكام: اعلم أيها القارئ - أعاذنا الله وإياك من الفقر والدَّين - أنه ما من ريب فى أن الناس يحتاج بعضهم إلى بعض فى شتى مرافق الحياة، فهم بحاجة إلى أن يعين قويهم ضعيفهم، وموسرهم معسرهم، وأنه ليس الإنسان موسرًا فى كل حال ولا مالكًا لزمام الأمور، يصرفها وفق رغبته وحاجته، وكم من مطلوب أصبح طالبًا، ومتبوع أمسى تابعًا، وموسر قد أعسر، ومعسر قد أيسر، ذلك شأن الله فى خلقه وسنته فى عباده، ولن تجد لسنة الله تبديلا.

كان ذلك فيما بين الأفراد، وكان فيما بين الهيئات والأمم والشعوب، فالإنسان بحاجة ملحة إلى أخيه الإنسان، وهو فيما يمارس من عمل، ويواجه من صروف

---

(١) فى الصحاح: رَيْنًا ورُيُونًا .
(٢) ينظر: مجاز القرآن ٢/ ٢٨٨، معانى الفراء ٣/ ٢٤٦، ٢٤٧، تفسير غريب القرآن ٥١٩، غريب الحديث ٣/ ٢٧٠ .
(٣) ذكره أبو عبيد فى غريب الحديث، والجوهرى فى الصحاح (رين) .
(٤) ينظر: النهاية ٢/ ٢٩١، والصحاح (رين) .
(٥) ينظر: غريب الحديث ٣/ ٢٧٠، والصحاح (رين) .
(٦) ينظر: معانى القرآن ٢/ ٢٧٢ .
(٧) ينظر: مجاز القرآن ٢/ ٣٢٦ .

الحياة، ويعالج من شئونها، المختلفة قد تعترضه صعوبات، وتكتنفه متاعب، وتحيط به شدائد، إن هو تُركَ بين أمواجها المصطخبة، فربما طاحت به وأغرقته، وقد تكون سفينة نجاته حينئذ مالًا ينقذه، ويصل به إلى شاطئ السلامة، وهو صفر اليدين خالي الوفاض، فلابد له من عون؛ فكان لابد من أن يتداين.

والشريعة الإسلامية قد أذنت فى هذا النوع من المداينة؛ تحقيقًا لمصالح الناس، ودفعًا لما عساه أن يكون من حرج يلحق بالإنسان، غير أنها وضعت لذلك نظامًا، حددت به العلاقة بين رب الدَّين والمدين، فحفظت للدائن حقه، ودفعت عن المدين حرجه، فكان من حق الدائن أن يتخذ السبل المشروعة لحفظ ماله، فيمنع المدين من التصرف فيما تحت يده من مال، وكان من حق المدين إذا أعسر أن يُنْظَرَ إلى ميسرة.

فالشريعة الإسلامية أباحت التداين فى غير سرف ولا معصية، فإن هو تداين لما ليس مشروعًا، كان ذلك من غير شك معصية حرامًا.

أدلة المشروعية:

وقد دل على مشروعيته: كتاب الله وسنة رسوله عليه الصلاة والسلام، ثم كان من الصحابة عمل متكرر.

أما الكتاب: فقول الله - تعالى-: ﴿يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُوٓاْ إِذَا تَدَايَنتُم بِدَيۡنٍ إِلَىٰٓ أَجَلٖ مُّسَمّٗى فَٱكۡتُبُوهُۚ﴾ [البقرة: ٢٨٢].

والوجه فى ذلك: أن الله - تعالى - أمر بأن يكتب الدين المؤجل، فكان مقررًا أصل التعامل، آذنًا به، غير ناه عنه، ولو كان غير مشروع لنهى عنه. أمر الله بالكتابة فى هذه الآية، وأمر فى الآية بعدها برهان مقبوضة؛ فالآيتان متظاهرتان على أن التعامل بالدين من المعاملات المباحة فى دين الله.

وقول الله - تعالى -: ﴿مِنۢ بَعۡدِ وَصِيَّةٖ يُوصِي بِهَآ أَوۡ دَيۡنٍۗ﴾ [النساء: ١١].

والوجه فى ذلك: أن الله - تعالى - إنما جعل الفروض لأصحابها، والأنصباء لمستحقيها بعد شيئين: الدين أحدهما، فلو لم يكن أصل التعامل به مباحًا لم يرتب الله - تعالى - المواريث بعده.

وأما السنة: فأولا: ما روته عائشة - رضى الله عنها - أن رسول الله - ﷺ -

اشترى من يهودى طعامًا إلى أجل، ورهنه درعًا من حديد[١].

وهو صريح فى أن الرسول ﷺ تعامل بالدين، والرسول لا يفعل غير المأذون فيه.

وثانيا: استدان معاذ بن جبل على عهد رسول الله ﷺ حتى أغرق ماله كله فى الدين، وباع الرسول ﷺ عليه ماله، وقسم ثمنه بين غرمائه[٢].

وصريح ذلك أن الرسول - عليه السلام - باع على معاذ ماله بعد أن استدان، ولا يقال: إن بيع المال حينئذ إنما كان لحق الغرماء، حتى لا تضيع عليهم أموالهم، وذلك لا يدل على المشروعية؛ لأنه لو كان كذلك، لقال الرسول: أما أنتم أيها الغرماء فلكم هذا المال، وأما أنت يا معاذ فلم يكن لك أن تستدين.

وقد وقع من الصحابة - رضوان الله عليهم أجمعين - بعد عصر الرسول - عليه الصلاة والسلام - هذا النوع من المعاملة بدون نكير؛ فكان ذلك إجماعًا على أن التعامل بالدين مشروع.

وقد يقال: كيف هذا وقد استعاذ الرسول - صلوات الله عليه - من الدين؟ فقد روت عائشة - رضى الله عنها -: أن رسول الله ﷺ كان يدعو فى الصلاة، ويقول: «اللهم إنى أعوذ بك من المأثم والمغرم»[٣] وشىء يستعيذ منه الرسول ﷺ هو أحق

---

(١) أخرجه البخارى ٥/ ٣٣١ كتاب الاستقراض وأداء الديون والحجر والتفليس باب من اشترى بالدين وليس عنده ثمنه.. (٢٣٨٦)، ومسلم ٣/ ٢٢٦ كتاب المساقاة باب الرهن وجوازه فى الحضر والسفر (١٢٦/ ١٦٠٣)، والنسائى ٧/ ٢٨٨ كتاب البيوع باب الرجل يشترى الطعام إلى أجل، وابن ماجه ٤/ ٨٩ كتاب الرهون باب حدثنا أبو بكر بن أبى شيبة (٢٤٣٦) وأحمد ٦/ ٤٢ و١٦٠ و٢٣٠ و٢٣٧ وابن الجارود (٦٦٤) وابن حبان (٥٩٣٦)، والبيهقى ٦/ ٣٦ من حديث عائشة.

(٢) أخرجه الدارقطنى ٤/ ٢٣٠ - ٢٣١، والحاكم فى المستدرك ٢/ ٥٨ و ٣/ ٢٧٣، والبيهقى فى السنن الكبرى ٦/ ٤٨ من طريق هشام بن يوسف عن معمر عن الزهرى عن ابن كعب بن مالك عن أبيه بلفظ: حجر عن معاذ ماله وباعه فى دين كان عليه

وخالفه عبد الرزاق (١٥١٧٧) وعبد الله بن المبارك عن معمر فأرسلاه ورواه أبو داود فى المراسيل (١٧٢) من حديث عبد الرزاق مطولا واسم ابن كعب: عبد الرحمن، قال عبد الحق: المرسل أصح من المتصل. وقال ابن الطلاع فى الأحكام: هو حديث ثابت وكان ذلك فى سنة تسع وحصل لغرمائه خمسة أسباع حقوقهم فقالوا: يا رسول الله: بعه لنا، قال: ليس لكم إليه سبيل، قاله الحافظ فى تلخيص الحبير ٣/ ٨٦.

(٣) تقدم.

بألا يكون مشروعًا.

ولنا في جواب ذلك أن نقول: قد يكون المستعاذ منه مغرما يكرهه الله ولا يحبه، أو مغرمًا، لا يقدر معه على الوفاء.

أما المغرم مع رجاء اليسر والأداء فلا[1].

ويؤيد ذلك ويقويه - أيضًا - قوله ﷺ: «مَنْ أَخَذَ أَمْوَالَ النَّاسِ يُرِيدُ أَدَاءَهَا أَدَّى الله عَنْهُ، وَمَنْ أَخَذَهَا يُرِيدُ إِتْلافها أَتْلَفَهُ الله»[2].

إذا ثبت هذا: فكان على الرجل دين فلا يخلو: إما أن يكون مؤجلاً، أو حالاً؛ فإن كان مؤجلاً، لم يجز مطالبته به قبل حلول الأجل؛ لأن ذلك يسقط فائدة التأجيل، فإن أراد أن يسافر قبل محل الدين سفرًا يزيد على الأجل نظرت: فإن كان لغير الجهاد، لم يلزم للغريم منعه، ولا مطالبته بأن يقيم له كفيلاً بدينه، ولا أن يعطيه رهنًا.

قال الشافعي: ويقال له: حقك حيث وضعته، يعني: أنك رضيت حال العقد أن يكون مالك عليه بلا رهن ولا ضمين.

وحكى أصحابنا عن مالك: أنه قال: له مطالبته بالكفيل والرهن، كما لو لم يرد السفر.

وإن كان السفر للجهاد، ففيه وجهان:

من أصحابنا من قال: له منعه من السفر إلى أن يقيم له كفيلًا، أو يعطيه رهنًا بدينه؛ لأن الشافعي قال: ولا يجاهد إلا بإذن أهل الدَّين، ولم يفرق بين الحال والمؤجل. ولأن المجاهد يعرض نفسه للقتل؛ طلبًا للشهادة؛ فلم يكن بد من إقامة الكفيل أو الرهن؛ ليستوفى صاحب الدين دينه منه.

ومنهم من قال: لا يلزمه ذلك؛ لأن الشافعي قال: وإذا أراد الذى عليه الدين إلى أجل السفر، وأراد غريمه منعه؛ لبعد سفره وقرب أجله، لم يكن له، ولم يفرق بين سفر الجهاد وغيره؛ لأن الدين لم يحل، فلم يملك المطالبة بذلك، كما لو كان

---

(١) ينظر إرشاد الساري إلى صحيح البخاري ٤/ ٢٢١ .

(٢) أخرجه البخاري ٥/ ٣٣٢ كتاب الاستقراض وأداء الديون... (٢٣٨٧)، وأحمد ٢/ ٣٦١ و٤١٧، وابن ماجه ٤/ ٧١ كتاب الصدقات باب من ادَّانَ دينًا لم ينو قضاءه (٢٤١١) من حديث أبي هريرة. وينظر نظام الحجر في الشريعة لرمضان عثمان .

السفر لغير الجهاد.

وإن كان الدين حالًا: فإن كان معسرًا لم تجز مطالبته؛ لقوله - تعالى -: ﴿وَإِن كَانَ ذُو عُسْرَةٍ فَنَظِرَةٌ إِلَىٰ مَيْسَرَةٍ﴾ [البقرة: ٢٨٠] ولا يجوز لغريمه ملازمته، وبه قال مالك.

وقال أبو حنيفة: ليس للغريم مطالبته، ولكن له ملازمته؛ فيسير معه حيث سار، ويجلس معه حيث جلس؛ إلا أنه لا يمنعه من الاكتساب، وإذا رجع إلى داره، فإن أذن لغريمه بالدخول معه دخل معه، وإن لم يأذن له بالدخول، كان للغريم منعه من الدخول.

دليلنا: قوله - تعالى -: ﴿وَإِن كَانَ ذُو عُسْرَةٍ فَنَظِرَةٌ إِلَىٰ مَيْسَرَةٍ﴾ فأمر بإنظار المعسر؛ فمن قال: إنه يلازمه، خالف ظاهر الآية.

وروى أن رجلًا ابتاع ثمرة، فأصيب بها، فقال النبى - عليه الصلاة والسلام -: «تَصَدَّقُوا عَلَيْهِ». فتصدقوا عليه، فلم يف بما عليه، ثم قال: «تَصَدَّقُوا عَلَيْه». فتصدقوا عليه، فلم يف بما عليه، فقال النبى - عليه الصلاة والسلام - لغرمائه: «خُذُوا مَا وَجَدْتُم، مَا لَكُمْ غَيْرُهُ»[1]، وهذا نص.

ولأن كل من لا مطالبة له عليه لم يجز ملازمته، كما لو كان الدين مؤجلًا.

وإن كان من عليه الدين يحسن صنعة لم يجبر على الاكتساب بها؛ ليحصل ما يقضى به الدين؛ بل إن اكتسب، فحصل معه مال يفضل عن نفقة من تلزمه نفقته، قضى به الدين؛ وبه قال مالك، وأبو حنيفة، وعامة أهل العلم.

وقال أحمد وإسحاق: يجبر على الاكتساب لقضاء الدين، وبه قال عمر بن عبد العزيز، وعبيد الله بن الحسن العنبرى، وسوار القاضى.

دليلنا: الخبر فى الرجل الذى ابتاع الثمرة، فأمر النبى - عليه السلام - غرماءه أن يأخذوا ما معه، وقال: «خُذُوا ما وَجَدتُم، مَا لَكُمْ غَيْرُهُ»، ولم يأمره بالاكتساب لهم.

ولأن هذا إجبار على الاكتساب؛ فلم يجب ذلك؛ كما لا يجبر على قبول الهبة

---

(١) أخرجه مسلم ٣/ ١١٩١ كتاب المساقاة باب استحباب الوضع من الدين (١٨/ ١٥٥٦) من حديث أبى سعيد الخدرى .

والوصية، وكذلك لو تزوج امرأة بمهر كثير، لم يجبر على طلاقها قبل الدخول؛ ليرجع إليه نصفه.

وإن كان موسرًا؛ جازت مطالبته؛ لقوله - تعالى -: ﴿وَإِن كَانَ ذُو عُسْرَةٍ فَنَظِرَةٌ إِلَىٰ مَيْسَرَةٍ﴾ فأوجب إنظار المعسر؛ فدل على أن الموسر لا يجب إنظاره، فإن لم يقضه، أَمَرَهُ الحاكم بالقضاء، فإن لم يفعل: فإن كان له مال ظاهر، باع الحاكم عليه ماله، وقضى الغريم، وإن قضى الحاكم الغريم شيئًا من مال من عليه الدين جاز؛ وبه قال مالك وأبو يوسف ومحمد.

وقال أبو حنيفة: لا يجوز للحاكم أن يبيع عليه ماله، ولكن يحبسه، حتى يقضي الدين بنفسه.

دليلنا: ما روى أن عمر صعد المنبر وقال: ألا إن الأسيفع أسيفع جهينة، رضى من دينه وأمانته أن يقال سابق الحاج - وروى: سبق الحاج - فادَّان معرضًا؛ فأصبح قد رين به، فمن كان له عليه دين، فليحضر غدًا؛ فإنا بائعو ماله، وقاسموه بين غرمائه.

وروى: فمن له عليه دين، فليغد بالغداة، فليقسم ماله بينهم بالحصص. وهذا بجمع من الصحابة، ولم ينكر عليه أحد؛ فدل على أنه إجماع.

وإن امتنع من عليه الدين من القضاء، وكتم ماله، عزره الحاكم وحبسه إلى أن يظهر ماله.

والدليل عليه قوله - عليه السلام -: «لَيُّ الوَاجِدِ يُحِلُّ عِرْضَهُ وَعُقُوبَتَهُ»[(١)].

---

(١) أخرجه أحمد (٤/ ٣٨٨)، وأبو داود (٤/ ٤٥) كتاب: الأقضية، باب: الحبس في الدين، حديث (٣٦٢٨)، والنسائي (٧/ ٣١٦) كتاب: البيوع، باب: مطل الغنى، وابن ماجه (٢/ ٨١١) كتاب: الصدقات، باب: الحبس في الدين والملازمة، حديث (٢٤٢٧)، والبخاري في التاريخ الكبير (٤/ ٢٦٠) وابن أبي شيبة (٧/ ٧٩)، وابن حبان (١١٦٤ - موارد)، والطحاوي في مشكل الأثار (١/ ٤١٣)، والحاكم (٤/ ١٠٢) والبيهقي (٦/ ٥١) كتاب: التفليس، باب: حبس من عليه الدين، والطبراني في الكبير (٧/ ٣١٨) رقم (٧٢٤٩، ٧٢٥٠) كلهم من طريق وبر بن أبي دليلة: ثنا محمد بن ميمون بن مسيكة عن عمرو بن الشريد عن أبيه عن رسول الله ﷺ قال: «لي الواجد يحل عرضه وعقوبته».

وقال الحاكم: صحيح الإسناد ولم يخرجاه، ووافقه الذهبي.

وصححه ابن حبان.

والحديث ذكره البخاري تعليقا (٥/ ٧٥) كتاب: الاستقراض، باب: لصاحب الحق =

وروى أن رجلًا كان له على رجل دين، فترافعا إلى النبى - عليه السلام - فأمره بملازمته، ثم إن النبى - عليه السلام - مر به، فقال: «أَحْسِنْ إِلَى أَسِيرِكَ»(١). فسماه أسيرًا.

وروى أن كعب بن مالك كان له على رجل دين؛ فلازمه فى مسجد بنى حدرة، قال: فارتفعت أصواتنا، فسمع النبى - عليه السلام - أصواتنا، فقال: «يَا كَعْبُ، أَحْسِنْ إِلَى أَسِيرِكَ، خُذِ الشَّطْرَ، وَدَعِ الشَّطْرَ»(٢). فأقره على ملازمته، وهذا محمول على أن من عليه الدين، كان له مال كتمه.

وأما إذا لم يكن لمن عليه الدين مال ظاهر، وقال: «أنا معسر»، وكذبه الغريم، نظرت: فإن حصل عليه الدين بمعاوضة، مثل: بيع أوسلم أو قرض، أو ثبت عليه الدين عن جناية أو مهر، لكن قد عرف له مال قبل ذلك - لم تقبل دعواه: أنه معسر؛ لأنه قد ثبت ملكه للمال، والأصل بقاؤه؛ فلا يقبل قوله فى الإعسار، بل يحبسه الحاكم.

فإن قال: «غريمى يعلم أنى معسر»، أو «أن مالى هلك»، فإن صدقه الغريم على

= مقال.

قال الحافظ فى الفتح (٥/ ٧٦): والحديث المذكور وصله أحمد وإسحاق فى مسنديهما، وأبو داود والنسائى من حديث عمرو بن الشريد بن أوس الثقفى عن أبيه بلفظه، وإسناده حسن.

وذكر الطبرانى أنه لا يروى إلا بهذا الإسناد .

(١) ينظر ما بعده .

(٢) أخرجه البخارى ٢/ ١٢٤ كتاب الصلاة باب التقاضى والملازمة فى المسجد (٤٥٧) وأطرافه فى [٤٧١ و٢٤١٨ و٢٤٢٤ و ٢٧٠٦ و ٢٧١٠]، ومسلم ٣/ ١١٩٢ كتاب المساقاة باب استحباب الوضع من الدين (٢٠/ ١٥٥٨)، وأحمد ٣/ ٤٥٤ و٤٦٠ و ٣/ ٣٨٦ و٣٩٠، وعبد بن حميد (٣٧٧)، وأبو داود ٢/ ٣٢٨ كتاب الأقضية باب فى الصلح (٣٥٩٥)، وابن ماجه ٤/ ٨١ كتاب الصدقات باب الحبس فى الدين والملازمة (٢٤٢٩)، والنسائى ٨/ ٢٣٩ كتاب آداب القضاة باب حكم الحاكم فى داره وفى ٨/ ٢٤٤ كتاب آداب القضاة باب إشارة الحاكم على الخصم بالصلح، وابن حبان (٥٠٤٨)، والطبرانى فى الكبير ١٩/ ٦٦ - ٦٨ (١٢٦ و١٢٧ و١٢٨ و١٢٩)، والبيهقى ٦/ ٥٢ من طريق عبد الله بن كعب بن مالك عن كعب بن مالك بلفظ [. . . يا كعب قال: لبيك يا رسول الله قال: ضع من دينك هذا وأومأ إليه أى الشطر - قال: قد فعلت يا رسول الله قال: قم فاقضه.] وأخرجه النسائى فى الكبرى (تحفة الأشراف) ٨/ ١١١٣٠ من طريق الزهرى أن كعب بن مالك. . . وهو مرسل .

ذلك خلى من الحبس، وإن كذبه حلف الغريم: أنه ما يعلم أنه معسر، أو ما يعلم أن ماله هلك، وحبس من عليه الدين.

فإن أراد أن يقيم البينة على تلف ماله، قُبِلَ شهادة عدلين، سواء كانا من أهل الخبرة بباطنه أو لم يكونا؛ لأن كل واحد يدرك التلف، فإن طلب الغريم يمينه مع ذلك لم يحلف؛ لأن فى ذلك تكذيبًا للشهود.

وإن أراد أن يقيم البينة على الإعسار، لم يقبل إذا لم يكونوا من أهل الخبرة الباطنة بحاله؛ لأن ملكه على المال قد ثبت؛ فلا يقبل على الإعسار شهادة من لم يكن من أهل الخبرة الباطنة بحاله.

وإن كانت البينة من أهل الخبرة الباطنة بأمره سمعت.

وقال مالك: لا تسمع؛ لأنها شهادة على النفى؛ فلم تقبل.

دليلنا: ما روى أن النبى - عليه السلام - قال لقبيصة بن المخارق: «لاَ تَحِلُّ المَسْأَلَةُ إلا لِثَلاثَةٍ: رَجُلٍ تَحَمَّلَ بِحَمَالَةٍ، فَحَلَّتْ لَهُ المَسْأَلَةُ، حَتَّى يُؤَدِّيَهَا، ثُمَّ يُمْسِكَ، وَرَجُلٍ أَصَابَتْهُ فَاقَةٌ وَحَاجَة، حَتَّى شَهِدَ - أَوْ تَكَلَّمَ - ثَلاَثَة مِنْ ذَوِى الحجا مِنْ قَومِهِ: أَنَّ بِهِ حَاجَة؛ فَحَلَّتْ لَهُ المَسْأَلَةُ، حَتَّى يُصِيبَ سَدَادًا مِنْ عَيْشٍ أَوْ قَوَامًا»[1].

وما ذكروه من أنها شهادة على النفى غير صحيح؛ لأنها - وإن كانت تتضمن النفى - فهى بينت حالًا تظهر، ويقف عليها الشاهد؛ كما لو شهد أن لا وارث له غير هذا.

إذا ثبت هذا: فإن البينة تسمع فى الحال، ويخلَّى.

وقال أبو حنيفة: لا تسمع فى الحال، ويحبس من عليه الدين شهرين فى رواية الأصول.

وقال الطحاوى: يحبس شهرًا، وروى: ثلاثة أشهر، وروى: أربعة أشهر، حتى

---

(١) أخرجه مسلم ٢/ ٧٢٢ كتاب الزكاة باب من تحل له المسألة (١٠٩/ ١٠٤٤) والحميدى (٨١٩) وأحمد ٣/ ٤٧٧ و٥/ ٦٠، والدارمى ١/ ٣٩٦ وأبو داود ١/ ٥١٥ كتاب الزكاة باب ما تجوز فيه المسألة (١٦٤٠) والنسائى ٥/ ٨٩ و٩٠ كتاب الزكاة باب الصدقة لمن تحمل بحمالة وفى ٥/ ٩٦ كتاب الزكاة باب فضل من لا يسأل الناس شيئا وابن خزيمة (٢٣٥٩) و (٢٣٦٠) و (٢٣٦١).

يغلب على ظن الحاكم أنه لو كان له مال لأظهره.

وهذا ليس بصحيح؛ لأن كل بينة جاز سماعها بعد مدة، جاز سماعها فى الحال كسائر البينات.

وكم عدد البينة التى تقبل فى الإعسار؟ قال البغداديون من أصحابنا: تقبل فيه شهادة ذكرين عدلين؛ كشهادة التلف.

وقال المسعودى: لايقبل أقل من ثلاثة رجال، ويحلف معهم؛ ولعله يحتج بخبر قبيصة بن المخارق.

فإن أقام البينة على الإعسار، فقال الغريم: «له مال باطن، لا تعلم به البينة»، فطلب يمينه على ذلك ففيه قولان:

أحدهما: لا يجب عليه أن يحلف؛ وهو قول أبى حنيفة؛ لأن فيه تكذيبًا للشهود.

والثانى: يجب أن يحلف، فإن لم يحلف يحبس، ولم يذكر الشيخ أبو حامد فى التعليق غيره؛ لأنه يجوز أن يكون له مال باطن خفى على البينة؛ فقد يكون للأب مال لا يعلم به ابنه، ويكون لأحد الزوجين مال لا يعلم به الآخر.

وإن ثبت عليه الدين فى غير المعاوضة، مثل: إن جنى على غيره أو أتلف عليه مالًا ولم يعلم له قبل ذلك مال، وادعى أنه معسر - فالقول قوله مع يمينه: أنه معسر؛ لأن الأصل الفقر، حتى يعلم اليسار.

وروى أن النبى - عليه السلام - قال لابنى خالد: «لَا تَأْيَسا مِنْ رِزْقِ اللهِ»[1].

وإن حلف، ثم ظهر له غريم آخر، قال الصيمرى: لم يحلف له ثانيًا؛ لأنه قد ثبت إعساره باليمين الأولى.

وإن كان فى يده مال، فقال: هو لزيد وديعة أو مضاربة: فإن كان المقر له غائبًا، حلف من عليه الدين، وسقطت المطالبة؛ لأن الأصل العسرة، وما ذكر ممكن. وإن كان المقر له حاضرًا، رجع إليه: فإن كذبه قسم المال بين الغرماء، وإن صدقه حكم

---

(١) أخرجه أحمد ٣/ ٤٦٩، والبخارى فى الأدب المفرد (٤٥٣) وابن ماجه ٥/ ٥٩١ كتاب الزهد باب التوكل واليقين (٤١٦٥) وابن حبان (٣٢٤٢) والطبرانى (٣٤٧٩) من حديث حبة وسواء ابنى خالدٍ، قال البوصيرى فى الزوائد:

إسناد صحيح وسلام بن شراحيل ذكره ابن حبان فى الثقات ولم أر من تكلم فيه وباقى رجال الإسناد ثقات .

بالمال للمقر له.

فإن طلب الغريم يمين المقر: أنه صادق فى إقراره، فهل يجب إحلافه؟ فيه وجهان:

أحدهما: لا يجب إحلافه؛ لأنه لو رجع عن إقراره لم يقبل؛ فلا معنى لإحلافه.

والثانى: أنه يجب إحلافه؛ فإن لم يحلف حُبس؛ لجواز أن يكون قد واطأ المقر له على ذلك.

وإن طلب الغريم يمين المقر له: أن المال له، قال ابن الصباغ: فعندى أنه يحلف؛ لأنه لو أكذب المقر ثبت المال للغرماء، فإذا صدقه حلف.

إذا ثبت هذا: فكل موضع حكمنا بإعساره بالبينة أو بيمينه، فإنه لا يحبس، فكل موضع لم يحكم بإعساره، وجب حبسه، ولا غاية للحبس عندنا؛ بل يحبس، حتى ينكشف حاله ثلاثًا أو أربعًا، فمتى ثبت إعساره خلى، ولا تمنع المسألة عنه.

وقال أبو حنيفة فى رواية الأصول: يحبس أربعة أشهر، وقال فى موضع: ثلاثة أشهر، وقال فى موضع: أربعين يومًا، وقال فى موضع: يحبس شهرًا.

قال أصحابه: ليس هذا على سبيل التحديد، وإنما هو على قدر حال المفلس: فإن كان ممن لا يعلم بحاله إلا بحبس أربعة أشهر، حبس قدر ذلك، وكذلك إذا كان لا يعلم بحاله إلا بحبس ثلاثة أشهر، حبس قدر ذلك.

دليلنا: أنه لا سبيل إلى العلم بحاله من طريق القطع، وإنما يعلم بحاله من طريق الظاهر، وذلك يعلم بحبس ثلاثة أيام أو أربعة، وما أشبه ذلك.

وإذا حبسه الغريم، فليس له منعه فى الحبس من الأكل والنوم.

وفى نفقته فى الحبس وجهان، حكاهما الصيمرى فى الإيضاح:

المذهب: أنها فى مال نفسه.

والثانى: أنها على الغريم.

وإن كان المحبوس ذا صنعة - قال الصيمرى: قد قيل: و - يُمَكَّنُ منها؛ لأنه يقضى بما يحصل منها دينه. وقيل: يمنع منها إذا علم أن ذلك يراخى أمره، ولا معصية عليه بترك الجمعة والجماعة إن كان معسرًا.

قال الصيمرى: وقد قيل: يلزمه استئذان الغريم عند ذلك، حتى يمنعه؛ فيسقط عنه الحضور.

(فرع): فإن مرض فى الحبس، ولم يجد من يخدمه فيه، أخرج؛ وإن وجد من يخدمه، ويقوم على تمريضه وعلاجه فى الحبس، فهل يجب إخراجه؟ فيه وجهان، حكاهما الصيدلانى.

وإن جُنَّ فى الحبس أخرج.

وإذا حبس بقول جماعة من الغرماء، لم يكن لواحد منهم أن يخرجه حتى يجتمعوا على إخراجه.

وإن حبس بطلب غريم، ثم حضر غريم آخر، فطلب أن يخرج؛ ليدعى عليه أحضر؛ فإذا ثبت له عليه حق، وطلب أن يحبس له حبس، ولا يجوز إخراجه إلا باجتماعهما، وإن ثبت إعساره أخرجه الحاكم من غير إذن الغريم. قال الصيدلانى: وإذا لم يكن للمعسر مال فهل له أن يحلف أنه لا حق عليه؟ فيه وجهان:

أحدهما: له أن يحلف، وينوى أن ليس عليه اليوم حق يلزمه الخروج إليه منه.

والثانى: ليس له أن يحلف؛ لأن الحاكم إذا كان عادلًا لا يحبسه إلا بعد الكشف عن حاله.

وخلاصة القول - فيما سبق من أمر حبس المدين وإعساره وإيساره -: أن المدين إما أن يعلم عسره، وإما أن يعلم يسره، وإما أن يجهل حاله، ولكن يغلب على الظن يساره، فتلك حالات أربع، نتكلم عنها واحدة واحدة.

الأولى: أن يعلم عسره بأى طريق، من بينة أو تصديق غرماء، أو كان العسر ظاهرًا معلومًا.

وقد اتفق الفقهاء فى هذه الحال على أنه لا تجوز مطالبته ولا ملازمته ولا حبسه؛ لقول الله - تعالى-: ﴿وَإِن كَانَ ذُو عُسْرَةٍ فَنَظِرَةٌ إِلَىٰ مَيْسَرَةٍ﴾ والوجه: أن الله أوجب إمهاله وإنظاره فلم يكن للغريم إلا ترقب يساره. ولقوله ﷺ: «خُذُوا مَا وَجَدْتُمْ، فَلَيْسَ لَكُمْ إِلَّا ذَلِكَ»[١] والوجه: أن الرسول - عليه السلام - نفى أن يكون للغرماء - فيما بقى لهم - حق المطالبة بديونهم أو الملازمة أو طلب الحبس، وإنما يراد به إثبات الإعسار أو قضاء الدين، والعسرة حاصلة، والقضاء متعذر؛ فلا فائدة من الحبس[٢].

(١) سيأتى تخريجه .
(٢) ينظر المغنى ٤/٥٠٣ .

الثانية: أن يُعْلَمَ يسره، ولكنه يأبى إنصاف الغرماء.

فقد قال الفقهاء - ما عدا الظاهرية - إنه يحبس حتى يؤدى حقوق الغرماء؛ ويدل لذلك قوله ﷺ -: «لىّ الوَاجِدِ ظُلْمٌ يحِلُّ عِرْضَهُ وَعُقُوبَتَهُ»[1] والعقوبة الحبس، بل إن بعض الفقهاء جاوزوا الحبس إلى القول بالضرب، فأجازوا للحاكم الضرب المرة بعد المرة، ولو أدى ذلك إلى إزهاق روحه، ولو كان الأمر فى قضائنا على ما قال به الفقهاء المسلمون لم يضع للدائن حق، وبالتالى كان الناس فى أمن ودعة؛ فإن أكثر ما يكون من الشر إنما هو من المعاملات وأكل أموال الناس بالباطل.

والثالثة: أن يغلب على الظن يساره: مثل أن يلبس من الثياب ما ارتفع ثمنه، أو أحاط نفسه بمظاهر الترف والنعيم.

وقد قال الفقهاء فى هذه الحال: إنه يحبس حتى تقوم له بينة بالعدم، ويحلف معها أنه لا مال له، وإنما كان منه اليمين؛ لأن البينة إنما تنفى العلم بالمال، وقد يكون له مال لا تعلمه.

الرابعة: أن يجهل حاله ولا يعلم يسره ولا عسره، وقد قال الفقهاء فى هذه الحال إنه يحبس، حتى ينكشف حاله، فإن طال حبسه خلى سبيله، أو قامت له بينة على عسره بعد أن يحلف معها أنه لا مال له، و أنه إن وجد مالًا قضى منه الدين[2].

أما أهل الظاهر فلا يرون حبس المدين أصلًا، واحتجوا لذلك بقول الرسول ﷺ: «مَطْلُ الغَنِى ظُلمٌ»[3] فسجنه مع القدرة على إنصاف غرمائه ظلم له ولهم معه بما لم يوجبه الله - تعالى - قط ولا رسوله ﷺ، وما كان لرسول الله - عليه السلام - سجن قط.

وردوا الأحاديث والآثار التى تدل على الحبس: بأنها مرسلة، أو بأنها وردت من طرق لا تقوم بها حجة، وغير ذلك. ويمكن أن يقال للظاهرية فى وجه الدلالة: أى ظلم يعود على المدين القادر على الوفاء، وأبى إنصاف الغرماء من الحبس؟

قال المصنف - رحمه الله تعالى -:

(فصل) وإن ركبته الديون، ورفعه الغرماء إلى الحاكم، وسألوه أن يحجر عليه،

---

(١) تقدم.
(٢) ينظر الخرشى ٥/ ٢٧٦.
(٣) تقدم.

نظر الحاكم في ماله، فإن كان له مال يفي بالديون؛ لم يحجر عليه؛ لأنه لا حاجة به إلى الحجر، بل يأمره بقضاء الدين على ما بيناه.

فإن كان ماله لا يفي بالديون؛ حجر عليه، وباع ماله عليه؛ لما روى عبد الرحمن ابن كعب بن مالك قال: كان معاذ بن جبل من أفضل شباب قومه، ولم يكن يمسك شيئًا، فلم يزل يدان حتى أغرق ماله في الدين؛ فكلم النبي ﷺ غرماءه، فلو ترك أحد من أجل أحد، لتركوا معاذًا من أجل رسول الله ﷺ فباع لهم رسول الله ﷺ ماله حتى قام معاذ بغير شيء.

وروى كعب بن مالك أن رسول الله ﷺ حجر على معاذ، وباع عليه ماله.

وإن كان ماله يفي بالديون، إلا أنه ظهرت عليه أمارة التفليس، بأن زاد خرجه على دخله؛ ففيه وجهان:

أحدهما: لا يحجر عليه؛ لأنه مليء بالدين، فلا يحجر عليه؛ كما لو لم يظهر فيه أمارة الفلس.

والثاني: يحجر عليه؛ لأنه إذا لم يحجر عليه أتى الخرج على ماله، فذهب، ودخل الضرر على الغرماء.

(الشرح) قوله: «لما روى عبد الرحمن بن كعب بن مالك قال: ....»

أخرجه البيهقي[1] من طريق الزهري عن عبد الرحمن بن كعب بن مالك عن أبيه قال: كان معاذ بن جبل رجلا حليما سمحا من أفضل شباب قومه، ولم يكن يمسك شيئا، فلم يزل يدان حتى أغرق ماله كله في الدين، فأتى النبي ﷺ فكلم غرماءه فلو تركوا أحدا من أجل أحد لتركوا معاذا من أجل رسول الله ﷺ، فباع لهم رسول الله ﷺ ماله حتى قام معاذ بغير شيء.

أما حديث كعب بن مالك فأخرجه الدارقطني[2]، والبيهقي[3]، من طريق هشام ابن يوسف عن معمر عن الزهري عن ابن كعب بن مالك عن أبيه، «أن رسول الله ﷺ حجر على معاذ ماله وباعه بدين كان عليه».

---

(١) ٦/٤٨ كتاب التفليس باب الحجر على المفلس وبيع ماله .

(٢) ٤/٢٣٠ كتاب البيوع (٩٥) .

(٣) ٦/٥٠ كتاب التفليس باب لا يؤاجر الحر في دين عليه .

قوله: «عبد الرحمن بن كعب بن مالك»[1]: هو أبو الخطاب عبد الرحمن ابن كعب بن مالك بن أبى كعب، واسم أبى كعب: عمرو بن القين، قال محمد ابن سعد: كان ثقة وهو أكثر حديثا من أخيه وروى له البخارى ومسلم وذكره ابن حبان فى الثقات وتوفى فى خلافة سليمان بن عبد الملك. وقيل: فى خلافة هشام.

قوله: «رَكِبَتْهُ الدُّيُونُ»[2]أى: أثقلت ظهره وأتعبته، كما تتعب الدابة المركوبة.

قوله: «حَتَّى أَغْرَقَ مَالَهُ» أى: أهلكه كما يهلك الغريق فى الماء.

قوله: «مَلِيءٍ» هو المُوَسَّعُ عليه، يقال أمليت البعير: إذا وسعت له فى قيده. وُقِفَ تصرفه، أى: حبس.

قوله: «أمارة» الأمارة: هى العلامة وزنًا ومعنًى.

قوله: «على بصيرة» أى: معرفة وتحقق، وتطلق البصيرة على الإدراك الذى فى القلب.

الأحكام: إذا ثبتت الديون على رجل إما بالبينة أو باعترافه أو بأيمان المدعى عند نكوله، وسأل الغرماء الحاكم أن يحجر عليه - نظر الحاكم فى ماله: فإن كان يفى بما عليه من الدين لم يحجر عليه، بل يأمره بقضاء الدين، فإن امتنع باع عليه الحاكم ماله، وقضى أصحاب الديون، خلافًا لأبى حنيفة - رحمه الله - وقد مضت هذه المسألة.

وهل تقوَّم الأعيان التى عليها بأثمانها؟ فيه وجهان حكاهما ابن الصباغ:

أحدهما: لا تقوم؛ لأن لأربابها الرجوع فيها ولا تحتسب أثمانها عليه؛ فلا يقومها مع باقى ماله.

والثانى: أصحابها بالخيار بين أن يرجعوا فيها وبين ألا يرجعوا فيها ويطالب بالثمن.

وإن قوم ماله فوجدوه لا يفى بديونه لم يحجر الحاكم عليه قبل سؤال الغرماء ذلك؛ لأنه لا ولاية له عليه فى ذلك، وإن سأل الغرماء أو بعضهم الحجر عليه بعد ذلك حجر عليه، وباع عليه ماله، وبه قال مالك - رحمة الله عليه - ومحمد

---

(١) ترجمته فى طبقات ابن خياط ٢٥٢، وتهذيب ٦/ ٢٣٣، والكشف ٢/ ١٦٢، والإصابة ٣/ ٧٣، وذكر أسماء التابعين ١/ ٢١٣، ومعرفة الثقات ٢/ ٨٥، وتهذيب النووى ١/ ٣٠٣ .

(٢) ينظر: النظم ١/ ٢٦٨ .

وأبو يوسف، وقال أبو حنيفة - رحمه الله - لا يحجر عليه ولا يبيع عليه ماله؛ بل يحبسه حتى يقضى ما عليه.

دليلنا: ما روى أن معاذ بن جبل - رضى الله عنه - ركبه دين على عهد رسول الله ﷺ فكلم غرماؤه النبى ﷺ فحجر عليه وباع عليه ماله؛ حتى قام معاذ - رضى الله عنه - بغير شىء. وفى رواية أن النبى ﷺ «خلع ماله لهم» - يعنى: لغرمائه - وهذا يحتمل تأويلين:

أحدهما: أن ماله لم يف بالدين فحجر عليه؛ فيكون معنى قوله: «خلع» أى: حجر عليه.

والثانى: أن معنى قوله: «خلع ماله لهم»، أى: باع ماله لهم.

وروى أبو سعيد الخدرى - رضى الله عنه - أن رجلا أصيب فى ثمار ابتاعها، فقال رسول الله ﷺ: «تصدقوا عليه» فلم يف بما عليه، فقال رسول الله ﷺ: «خذوا ماله ليس لكم إلا ذلك».

ولم يرد ﷺ بقوله: «خذوا ماله»: انهبوا ماله، وإنما أراد ﷺ خذوه بالحصص، وأبو حنيفة - رحمه الله - يقول: ليس لهم أن يأخذوه إلا أن يعطيهم إياه. وهذا يخالف الخبر.

وإن كان ماله يفى بدينه إلا أن أمارات الفلس ظهرت به، بأن كان ماله بإزاء دينه ولا وجه لنفقته إلا مما بيده، أو كان له وجه كسب إلا أن قدر نفقته أكثر مما يحصل له بالكسب، فهل للحاكم أن يحجر عليه إذا سأله الغرماء ذلك؟ حكى المصنف فى ذلك قولين، وحكاهما الشيخ أبو حامد وابن الصباغ وجهين:

أحدهما: لا يجوز الحجر عليه، بل يأمره الحاكم بقضاء الدين على ما بيناه؛ لأن الحجر إنما يكون على المفلس، وهذا ليس بمفلس.

والثانى: يحجر عليه؛ لأن الظاهر من حاله أن ماله يعجز عن الوفاء بديونه، والحجر يجوز بالظاهر؛ ألا ترى أن السفيه يجوز الحجر عليه؛ لأن الظاهر منه التبذير، وإن كان يجوز ألا يبذر.

فرع: تبين لنا مما سبق أن الغرماء إذا رفعوا الأمر إلى الحاكم، وطلبوا منه الحجر على المدين، فإن للحاكم خلع ماله عنه وبيعه عليه، وقسمة ثمنه بين الغرماء، وإلى هذا ذهب - أيضًا - مالك، والحنابلة وأهل الظاهر، وأبو يوسف، ومحمد من

الحنفية.

أما أبو حنيفة - كما اتضح مما سبق - وزيد بن على من الشيعة، فقد ذهبوا إلى أنه ليس للحاكم أن يخلع مال المدين عنه، ولكن يحبسه، حتى يعين طريق وفاء الدين.

وفيما يلى مناقشة للرأيين، وبسط لما سبق من أدلتنا، وبيان أوجه الدلالة فيها، وكذلك ذكر أدلة أبى حنيفة ومن وافقه، وبيان وجه القبول والرد فى كل دليل: -

أولا: دللنا - ومن وافقنا - بما رواه عبد الرحمن بن كعب قال: كان معاذ بن جبل شابًا سخيًا، وكان لا يمسك شيئًا من ماله، فلم يزل يَدَّان، حتى أغرق ماله كله فى الدين، فأتى النبى ﷺ فكلمه؛ ليكلم غرماءه، فلو تركوا لأحد لتركوا لمعاذ؛ لأجل الرسول عليه الصلاة والسلام، فباع الرسول ماله عليه، وقسم ثمنه بين غرمائه؛ حتى قام معاذ بغير شىء. وفى رواية الدارقطنى: حجر رسول الله ﷺ على معاذ ماله، وباعه عليه[١].

ووجه الدلالة: أن الرسول - عليه الصلاة والسلام - تولى البيع بنفسه، ولم يتركه لمعاذ، وقسم الثمن بين الغرماء؛ فكان ذلك صريحًا فى أن المدين يحجر عليه، ويباع عليه ماله، ولا أدل على ذلك من قوله: «باع عليه»، بل الرواية الأخرى صرحت بالحجر.

وقد قال فى ذلك أبو حنيفة: إن الرسول تولى ذلك؛ لأن معاذًا سأله؛ ألا ترى إلى قوله: «فكلمه؛ ليكلم الغرماء»؟ والسبب فيه: أن ماله لم يكن وافيًا بدينه، فإن توسيط الرسول لذلك عسى أن ينال من بركة الرسول ما به يكون وافيًا، أو أن ينزل الغرماء عن شىء مما لهم قبله، ومعاذ كان سمحًا جوادًا لا يمسك مالًا، ولا يظن بصحابى مثله أن يأبى إنصاف الغرماء، حتى يطلبوا من الرسول الحجر عليه، وذلك ليس فى الحديث، بل فيه العكس؛ فإن معاذًا هو الذى ذهب إلى الرسول - عليه الصلاة والسلام - وطلب منه ذلك.

والمخالفون يقولون: بحجر الحاكم، إذا قام الغرماء بذلك، وهو ما لم يكن فى الحديث، فلا حجر، وإنما كان الرسول كوكيل عن معاذ فى بيع ماله، وليس الوكيل

---

(١) تقدم.

وليًا(١).

وهذه المناقشة مردودة؛ لوجوه:

١ - أن الرواية الأخرى فيها تصريح بالحجر على ما رواه الدارقطنى، وليس للحجر معنى غير منع الحاكم المدين من التصرف فى ماله، وبيعه عليه بعد الحكم بخلعه عنه، وهو وجه عام.

٢ - إن استقام ذلك بالنظر إلى أبى يوسف، ومحمد؛ فإنهما لا يقولان بالحجر إلا بعد طلب الغرماء وإباء المدين؛ فلن يستقيم عند المالكية والحنابلة، فإنهم لم يشرطوا أن يمتنع المدين من إنصاف الغرماء، وإنما كل ما قالوه: هو أنه يستحب للحاكم إحضاره للبيع؛ ليكون أقطع لحجته.

ثانيا: بما رواه أبو سعيد الخدرى - رضى الله عنه - أن رجلًا أصيب على عهد الرسول ﷺ فى تمر ابتاعها؛ فكثر دينه، فقال النبى ﷺ: «تَصَدَّقُوا عَلَيْهِ» ؛ فتصدق الناس عليه، فلم يبلغ ذلك وفاء بدينه، فقال الرسول ﷺ لهم: «خذوا ما وجدتم، فليس لكم إلا ذلك»(٢).

ووجه الدلالة فيه: أن الرسول - صلوات الله عليه - قسم ما جمع من الصدقة بين الغرماء، وتولى ذلك بنفسه، ولم يكله إلى المدين، ولو كان له ذلك، لقال له الرسول: خذ ما جمع لك من الصدقة، فاقض به دينك؛ فكان الحديث دالًّا على منع تصرف المدين فى ماله، وما ذلك إلا الحجر.

---

(١) ينظر تبيين الحقائق ٥/ ١٩٩ .

(٢) أخرجه مسلم (٣/ ١١٩١) كتاب: المساقاة، باب: استحباب الوضع من الدين، الحديث (١٨/ ١٥٥٦)، وأبو داود (٣/ ٧٤٥) كتاب: البيوع والإجارات، باب: فى وضع الجائحة، الحديث (٣٤٦٩)، والترمذى (٣/ ٤٤) كتاب: الزكاة، باب: ما جاء من تحل له الصدقة من الغارمين وغيرهم، الحديث (٦٥٥)، والنسائى (٧/ ٢٦٥) كتاب: البيوع، باب: وضع الجوائح، وابن ماجه (٢/ ٧٨٩) كتاب: الأحكام، باب: تفليس المعدم والبيع عليه لغرمائه، الحديث (٢٣٥٦)، وابن الجارود (١٠٢٧)، وأحمد (٣/ ٣٦)، والطحاوى فى مشكل الآثار (٢/ ٣٦٠)، والحاكم (٢/ ٤١)، والبيهقى (٥/ ٣٠٥)، والبغوى فى شرح السنة (٤/ ٢٤٢) من طريق بكير بن الأشج عن عياض بن عبد الله عن أبى سعيد الخدرى به.

وقال الترمذى: حديث حسن صحيح.

وقال الحاكم: صحيح على شرط الشيخين. ووافقه الذهبى.

ووهما فى ذلك؛ فقد أخرجه مسلم كما تقدم تخريجه .

غير أنه مما يشكل فى الحديث قول الرسول - عليه الصلاة والسلام -: «خذوا ما وجدتم، فليس لكم إلا ذلك» ؛ فإن القائلين بالحجر يقولون: إن ذمة المدين مشغولة بالدين ما بقى منه شىء، حتى إذا تجدد له مال قضى لهم منه، فإن هم حملوا قول الرسول: «فليس لكم إلا ذلك» أى: الآن؛ فربما كان ذلك جوابًا لهم.

وللمخالف أن يقول: إن الحديث لا يدل على المطلوب؛ لوجهين:

الأول: أن المدين فى الحديث لم يكن له مال، حتى يحجر عليه فيه، ويباع عليه؛ ولهذا طلب الرسول التصدق عليه؛ كما يفيده قول الرسول - عليه الصلاة والسلام - «تصدقوا عليه» ؛ فلا يدل على الحجر.

الثانى: لو سلم أنه ملك الصدقة، وأصبح ذا مال، فليس فى الحديث ما يدل على الحجر؛ إذ ليس فيه إلا قول الرسول للغرماء: «خذوا ما وجدتم»، وهذه عبارة لا تفيد الحجر: لا تصريحًا ولا تلميحًا؛ وذلك لأن قول الرسول للغرماء: «خذوا ما وجدتم» إنما كان رفقًا بحال المدين؛ إذ كان معسرًا.

ويمكن أن يجاب عن الأول: بأنه انتقل من الإعسار إلى الإيسار، وأنه أصبح مالكًا لهذا المال الذى جمع له من الصدقة؛ فكان بذلك موسرًا.

وعن الثانى: بأنه متى سلم أنه أصبح مالكًا، وهذا المالك لم يتصرف فيما ملك، وإنما الذى تصرف عنه الرسول - عليه السلام - فهو ممنوع إذن من التصرف فيه، وهل الحجر شىء غير هذا؟

ثالثًا: بما روى أن عمر بن الخطاب - رضى الله عنه - خطب ذات يوم، فقال: «أيها الناس، إياكم والدَّيْن، فإن أوله همٌّ وآخره حزن، وأن أسيفع جهينة قد رضى من دينه وأمانته أن يقال: سبق الحاج، فادَّان معرضا، فأصبح وقد رين به، ألا وإنى بائع عليه ماله، فقاسم ثمنه بين غرمائه، فمن كان له عليه دين فليغد إلى فى الغداة»[1].

ومعناه - كما سبق -: أن أسيفع جهينة كان يشترى الرواحل السريعة التى يسبق بها الحجيج، واستدان فى ذلك معرضًا غير مبال عاقبة ذلك، حتى أصبح، وقد ركبته الديون، ووقع فيما لا يستطيع الخروج منه.

---

(١) تقدم، وينظر سبل السلام ٣/ ٤٥ .

ووجه الدلالة فى هذا الأثر: أن عمر صرَّح بأنه يبيع عليه ماله، ويقسمه بين غرمائه، وطلب إلى الغرماء أن يغدوا إليه؛ ليستوفى كل منهم دينه، وكان ذلك من عمر خطابًا عامًّا للمسلمين، ولم يُنْكَر عليه، ولو أُنْكِر لَنُقل الإنكار، كما نقل ما كان محلا للإنكار، فكان الحجر أمرًا معروفًا.

وللمخالف أن يقول: إنه ليس فى هذا الأثر: أن الغرماء رفعوا الأمر إلى عمر، وطلبوا الحجر عليه، فكيف يكون الحجر؟ وإنما الذى فيه أن عمر هو الذى أمرهم أن يغدوا إليه، وإنما يكون الحجر إذا طلبوه، فكان بيع عمر مال أسيفع باختياره ورضاه، على أن المشهور فى قصة أسيفع: أن عمر قال: «إنى قاسم ماله بين غرمائه»، وليس فيها: «إنى بائع عليه» ؛ فيحمل على أن ماله كان من جنس الدين.

ولنا أن نقول: من أين علم عمر بدينه؟ أقرب سبب لذلك هو طلب الغرماء، وإذا استقام ذلك وجهًا، لم يكن هناك ما يمنعه، والتصريح بأنه بائع عليه ماله صريح فى منعه منه؛ فإن التعبير بـ «على» يفيد الاستعلاء بالقوة والسلطان.

رابعا: بالقياس وهو أن: المدين كالمريض: والمعنى الجامع بينهما أن كلا منهما قد تعلق بماله حق الغير، وقد حجر على المريض لحق الورثة، فأولى أن يحجر على المدين لحق الغرماء؛ ضرورة أن ذمته مشغولة بمالهم، ولكنها غير مشغولة بشىء للورثة[1].

وللحنفية مناقشة فى القياس: بأنه قياس فى الأسباب، وهو غير صحيح ولا يصح القياس عليه.

ويمكن دفع هذه المناقشة بأنه - وإن كان قياسًا فى الأسباب - إلا أنه ذكر على سبيل الاستئناس؛ فإن الدال على ثبوت الحجر على المدين الأدلة المتقدمة من المنقول، وإنما يصح قولكم إنه قياس فى الأسباب، أن لو كان الدال على ثبوت الحجر على المدين القياس فقط.

فإن قيل: لم ذكر القياس مع أنه ليس مثبتًا للحجر على المدين بطريق الأصالة؟.

قلنا: إن الغرض من الدليل أمران:

١ - إثبات دعوى المستدل.

---

(١) ينظر بداية المجتهد ٢/ ٢٣٩ .

٢ - الرد على الخصم، وهذا القياس يثبت دعوى المستدل، أما رد دعوى المخالف، فقد تكفل بردها الأدلة المتقدمة غير القياس.

أدلة أبي حنيفة:

أسلفنا أن أبا حنيفة - رضى الله عنه - لا يحجر على المدين بسبب الدين، ومن ثم لم يكن للحاكم أن يبيع عليه ماله، واستدل لذلك بالكتاب، والسنة، والمعقول، والمعقول: قياس، وغير قياس.

أما الكتاب: فقوله تعالى: ﴿يَـٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُوا۟ لَا تَأْكُلُوٓا۟ أَمْوَٰلَكُم بَيْنَكُم بِٱلْبَـٰطِلِ إِلَّآ أَن تَكُونَ تِجَـٰرَةً عَن تَرَاضٍ مِّنكُمْ...﴾ [النساء: ٢٩] الآية.

ووجه الدلالة: أن الله - تعالى - نهى عن أكل أموال الناس إلا عن رضا، وبيع المال على المدين بدون رضاه؛ فيكون منهيًا عنه فيما نهى الله؛ فلا يحل أكله، والمنهي عنه لا يكون سببًا للحجر؛ فالحجر على المدين منهى عنه.

ولنا أن نقول: إن هذه الآية خصت قطعًا بالصغير والمجنون؛ لانعدام أصل الرضا فى الثانى، ولانعدام الرضا الكامل فى الأول، وإذا صح هذا فليس ثمة ما يمنع من تخصيصها بالمدين أيضًا، ودليل التخصيص ما قدمنا من الأدلة الدالة على الحجر على المدين، على أن أبا حنيفة نفسه يخص الآية بالشفعة، فإن الشفيع يأخذ الشقص، لا عن رضا من المشترى، فما يقوله فى الشفيع نقوله نحن فى المدين، على أنه يمكن أن يقال: إن منع المدين من التصرف فى ماله، وبيعه عليه، وقضاء دينه منه ليس مما نهى الله عنه، وليس أكلًا لأموال الناس بالباطل، وإنما هو بالحق، ومتى كانت توفية الحقوق باطلًا؟! فالآية ليست فى محل النزاع.

«**وأما السنة:** فأولا: قوله ﷺ: «لَا يَحِل مَالُ امْرِئٍ مُسْلِمٍ إِلَّا بِطِيبِ نَفْسٍ مِنْهُ»[1].

ووجه الدلالة: أن نفس المدين لا تطيب ببيع الحاكم المال عليه بدون رضاه، فهو إذن منهى عنه، ولا يكون المنهى عنه سببًا للحجر؛ فإن المنهى عنه لا يكون مشروعًا. وما يقال نقضًا فى استدلاله بالآية يقال نقضًا فى استدلاله بالحديث.

وثانيا: بحديث جابر بن عبد الله حين استشهد أبوه بأحد، فلما طلبه الغرماء، قال جابر: فأتيت النبى ﷺ فكلمته، فسألهم أن يقبلوا منى حائطى، ويحللوا أبى، فأبوا،

---

(١) تقدم، وينظر سبيل السلام ٣/ ٩٥، والمبسوط ٢٤/ ١٦٤.

فلم يعطهم الرسول حائطى، قال: ولكن سأغدو عليك، فغدا علينا حين أصبح، فطاف بالنخل، فدعا فى ثمرها بالبركة، فجذذتها، فقضيت منها حقوقهم، وبقى من ثمرها بقية[١].

ووجه الدلالة: أن الرسول لم يحجر على جابر، ولم يبع عليه ماله، ولو كان الحجر بالدين مشروعًا لحجر عليه، وإنما تركه، حتى قضى دين أبيه بنفسه.

وفى الحديث ما ينتقض به الاستدلال: فإن قول جابر: «فسألهم أن يقبلوا منى حائطى» يكاد يكون صريحًا فى أنه كان ولا يزال ملكًا لجابر، لم ينتقل إليه ميراثًا عن أبيه، ودين الميت إنما يلزم فى تركته، وهو لم يترك شيئًا؛ فكان ذلك خالص تبرع من جابر، ولا يكون حجرًا مع التبرع.

وثالثًا: بأنه قد مات أسيد بن الحضير، وعليه عشرة آلاف درهم، فدعا عمر بن الخطاب غرماءه، فأعطاهم أرضه أربع سنين، ينتفعون بها بما لهم عليه من دين[٢].

والوجه فى ذلك: أن عمر أعطى الغرماء الأرض مدة أربع سنين، ينتفعون بها فيما لهم من دين، ولم يبع عمر الأرض قضاء لدينه، ولو كان الحجر بالدين مشروعًا، لباع عمر عليه أرضه، وقضى هو ديونهم.

ولكن يقال فى هذا الاستدلال:

١ - إن هذا الدليل فى غير محل النزاع؛ لأن أسيدًا ميت، ولا حجر على ميت.

٢ - ونجاوز ذلك إلى أن نقول: إن عمر منع الورثة من الانتفاع بالأرض، وذممهم لم تشغل بالدين؛ فدل على أن المنع مع شغل الذمة أولى.

وإلى هنا يمكننا أن نقول: إن أدلة أبى حنيفة لم تقم على عدم الحجر، وبالتالى لم تثبت أن المدين لا يباع عليه ماله، وكانت أدلة أصحابنا الشافعية ومن وافقهم، وهم الجمهور ناهضة قوية[٣].

فرع: سبق لنا بعض الحديث عن حبس المدين، كما سبق ذكر ما استدل به

---

(١) أخرجه البخارى ٦/ ٧٤ - ٧٥ كتاب الوصايا باب قضاء الوصى ديون الميت بغير محضر من الورثة (٢٧٨١)، وفى ٨/ ١٠٢ كتاب المغازى باب «إذ همت طائفتان منكم أن تفشلا...» (٤٠٥٣)، وينظر سبل السلام ٣/ ٤٥ .

(٢) ينظر بداية المجتهد ٢/ ٢٤١ .

(٣) ينظر نيل الأوطار ٥/ ٢٤٠، وينظر نظام الحجر فى الشريعة لسليمان عثمان .

أبو حنيفة على عدم جواز الحجر عليه، وفيما يلى نورد استدلالات أبى حنيفة على أن المدين يحبس، وأنه ليس للحاكم بيع ماله، وأنه ليس للغرماء قِبَلَهُ شيء سوى الحبس، ومناقشة تلك الأدلة فيما يلى:

استدل أبو حنيفة - أولا -: بما رواه عمرو بن الشريد، عن أبيه عن النبى ﷺ، قال: «لى الواجد ظلم يحل عرضه وعقوبته».

ووجه الدلالة: أن العقوبة إما بيع الحاكم ماله عليه، وإما الحبس وإما هما، ولا سبيل إلى الأخير؛ لأن فيه جمعًا بين عقوبتين فى شيء واحد، وهو ما لم يعهد، كما لا سبيل إلى الأول؛ لأن الأدلة قامت على أنه لا يحل مال أمرئ مسلم إلا بطيب من نفسه؛ فانحصرت العقوبة فى الحبس؛ قال أحمد: قال وكيع فى قول الرسول ﷺ: «يحل عرضه وعقوبته»، يحل شكايته وحبسه.

فالحديث دليل على حبس من كان قادرًا على أداء الدين؛ فإنه واجد، ولئ الواجد ظلم، ولكنه إذا امتنع عن ذلك حبس؛ تأديبًا له وتشديدًا عليه، حتى يؤدى حقوق الغرماء.

ويرد على هذا الاستدلال: أن هذا الحديث مرسل؛ ولهذا لا يحتج به الشافعى؛ لأنه ليس من مراسيل سعيد بن المسيب.

ويرى البخارى فيه: أنه حديث معلق، قال الطبرانى فى الأوسط: لا يروى عن الشريد إلا بهذا الإسناد تفرد به ابن أبى ليلى[1].

ولو لم نذهب إلى هذا لكان لنا فيه دليل؛ فإن العقوبة تفسر بالحبس، وتفسر بالبيع؛ فإن المدين إذا كان له مال ظاهر، وماطل، فإنه يحبس، وإذا لم يماطل، فإنه لا يحبس، بل يباع عليه ماله. والدليل على ذلك ما أسلفنا من الأدلة؛ فدعوى انحصار العقوبة فى الحبس غير سديدة.

ثانيًا: أن رجلًا من جهينة أعتق شقصا من عبد بينه وبين شريكه، فحبسه رسول الله ﷺ حتى باع غنيمة له، وضمن نصيب شريكه[2].

---

(١) ينظر المعجم الأوسط ٣/ ٤٦ (٢٤٢٨).
(٢) أخرجه البيهقى فى السنن الكبرى ١٠/ ٢٧٦ كتاب العتق باب من أعتق شركا له فى عبد... وقال: هذا منقطع وقد رواه الثورى عن ابن أبى ليلى عن القاسم بن عبد الرحمن عن أبى مجلز بمعناه

=

والوجه لأبى حنيفة: أن الرسول ﷺ لم يحبسه إلا بعد تحقق يساره؛ فإن ضمان المعتق ليس إلا على الموسر، والرسول ﷺ قد حبسه حتى باع ماله بنفسه، فعلمنا أن المدين - وهذه حاله - إنما يحبس فقط، ولا يباع عليه ماله، ولو كان بيع ماله مشروعًا لم يشتغل الرسول ﷺ بحبسه؛ لما فى ذلك من الإضرار بالغرماء؛ لتأخير حقوقهم، ولا معنى للمصير إليه مع تحقق الضرر مع إمكان غيره.

ونوقش هذا الاستدلال:

أولاً: بأنه مرسل؛ كما قال ابن حزم[1]، ولا تقوم به حجة عند الشافعى، والظاهرية.

وثانيا: لو صح لم تقم به حجة عند أبى حنيفة؛ فإنه ليس فيه تصريح بأنه كان موسرًا، فضلًا عن كونه ممتنعًا عن أداء الدين، بل هو يفيد أنه كان معسرًا، وأنه ليس له ما يملك إلا نصيبه فى الغنيمة، والحبس على هذا قد يكون إمساكًا فى المدينة، لا إمساكًا فى السجن.

على أن الحديث قد روى من طرق أخرى، ليس فيها التصريح بالحبس، منها ما رواه أبو المليح، عن أبيه، أن رجلًا من قومنا أعتق شقصًا له من مملوكه، فرفع ذلك إلى النبى ﷺ فجعل خلاصه عليه فى ماله، وقال: «لَيْسَ لله عَزَّ وَجَلَّ شَرِيكٌ»، وفى لفظ: «هُوَ حُرٌّ كُلُّهُ لَيْسَ لله شَرِيكٌ»[2].

فمن هذا الحديث يتبين أن الرسول ﷺ جعل خلاص العبد فى مال معتقه، ولم يشتغل بحبسه، كما وُجِّهَ استدلال أبى حنيفة؛ فاستدلاله بهذا الحديث غير ناهض.

«وأما القياس»: فقال فيه أبو حنيفة: جبر المدين على بيع ماله وفاء بحق الغرماء كجبره على تأجير نفسه، وإعطاء كسبه للغرماء، وكجبر المرأة على النكاح؛ لتدفع صداقها فى الدين؛ لأن كلًّا طريق يوصل إلى وفائه، وهما لا يجبران على ذلك.

ونقول: إنه قياس مع الفارق؛ فإن النكاح لم يعهد طريقًا لأداء الدين؛ كما لم

= وروى من وجه آخر عن القاسم عن أبيه عن جده عبد الله بن مسعود وهو ضعيف وينظر تلخيص الحبير ٣/ ٩٠ .

(١) ينظر المحلى (٨/ ١٧٠) .

(٢) أخرجه أحمد ٥/ ٧٥، وأبو داود ٢/ ٤١٦ كتاب العتق باب فيمن أعتق نصيبًا له من مملوك (٣٩٣٣) .

يعهد ذلك فى منافع الحر، بخلاف الأموال؛ فإنها الطريق الطبيعى لذلك، على أن المدين الذى يحبس إنما هو الموسر لا المعسر، ولا يقاس موسر على معسر؛ لقيام الفارق بينهما بالإيسار والإعسار.

وأما المعقول غير القياس: فإن الحجر على المدين وبيع المال عليه قهرًا عنه يستوجب سلب ولاية المال على المدين، وإهدارًا لآدميته، وهو حينئذ بالبهائم أشبه، وهو ضرر عظيم لا يرتكب لضرر أخف منه، وهو وفاء الدين؛ لأن ما بالذات أعظم مما فى ذات اليد.

ولا يقال ذلك فيما نقول به من الحبس؛ ضرورة أن الحبس إنما هو جبر له، وإلجاء إلى البيع، وبذلك تسلب ولاية المال عنه، وقد جاز للحاكم حبسه؛ فليجز له بيع ماله من غير فرق.

ولا يقال هذا؛ لأن الحبس إنما شرع؛ رفعًا لظلم المماطلة، وليس البيع بمتعين طريقًا لوفاء الدين، حتى يكون الحبس سلبًا للولاية؛ فإن له أن يوفى دينه بالاستقراض، أو الاتهاب، أو أى طريق آخر.

وذلك لا ينهض؛ فإن أبا حنيفة نفسه أجاز للحاكم قضاء أحد النقدين بدل الآخر، ولو لم يرض بذلك المدين؛ فلم يطَّرد ذلك المعقول، حتى عند المستدل به.

ونرى أنه ليس فيه إهدار لآدميته، وإنما هو إهدار لحقه فى المال، وفيه دفع الدين، وقد تقدم حق الغرماء عليه فيه، فلو لم نقل بالبيع لِحَقَهُمْ ضرر فى أموالهم، ولا نضيع حقًّا على صاحبه، لنقرر باطلًا لغيره.

والحجر على المدين يكاد يكون ضروريًّا، فكم من رجل يلاين ويخادع، ويبسط أسباب حاجته لرب المال، حتى إذا حصل منه على طلبته، ماطل وسَوَّفَ، ليس ذلك فحسب، بل قد يجاهر حالفًا بكل محرجة من الأيمان بأنه لا يقضينه حقه، فإذا لم نقل بالحجر عليه، فأين يذهب حق الدائن؟! وما جريرته وقد أعانه؟! أيكون جزاء الإحسان سوءًا؟!

وإن الحبس لا يغنى غناء الحجر، فإن الغرماء لا يستفيدون منه شيئًا؛ بل ربما كان فيه ضرر، يلحقهم؛ لما قد عساه يكون من فرص لا تحتمل التسويف[1].

---

(١) ينظر نظام الحجر فى الشريعة لسليمان عثمان .

قال المصنف - رحمه الله تعالى -:

(فصل) والمستحب أن يشهد على الحجر؛ ليعلم الناس حاله؛ فلا يعاملوه إلا على بصيرة، فإذا حجر عليه، تعلقت ديون الغرماء بماله، ومنع من التصرف فيه، فإن اقترض أو اشترى فى ذمته شيئًا، صحَّ؛ لأنه لا ضرر على الغرماء فيما يثبت فى ذمته، ومن باعه، أو أقرضه بعد الحجر، لم يشارك الغرماء فى ماله؛ لأنه إن علم بالحجر، فقد دخل على بصيرة، وأن ديون الغرماء متعلقة بماله، وإن لم يعلم، فقد فرط حين دخل فى معاملته على غير بصيرة، فلزمه الصبر إلى أن يفك عنه الحجر.

فإن تصرف فى المال بالبيع، والهبة، والعتق؛ ففيه قولان:

أحدهما: أنه صحيح موقوف؛ لأنه حجر ثبت لحق الغرماء؛ فلم يمنع صحة التصرف فى المال؛ كالحجر على المريض.

والثانى: لا يصح، وهو الصحيح؛ لأنه حجر ثبت بالحاكم، فمنع (من) التصرف فى المال كالحجر على السفيه، ويخالف حجر المريض؛ لأن (الورثة) لا تتعلق حقوقهم بماله، إلا بعد الموت، وههنا حقوق الغرماء تعلقت بماله فى الحال، فلم يصح تصرفه فيه؛ كالمرهون؛ فإن قلنا: يصح تصرفه، وقف، فإن وفَّى ماله بالدين؛ نفذ تصرفه، وإن لم يف فسخ؛ لأنا جوزنا تصرفه رجاء أن تزيد قيمة المال، أو يفتح عليه بما يقضى به الدين، فإذا عجز فسخ؛ كما نقول فى هبة المريض.

قال أصحابنا: وعلى هذا ينقض من تصرفه الأضعف فالأضعف، (فأضعفها) الهبة؛ لأنه لا عوض فيه، ثم البيع؛ لأنه يلحقه الفسخ، ثم العتق؛ لأنه أقوى التصرفات، (قال الشيخ أيده الله): ويحتمل عندى أنه يفسخ الآخر فالآخر؛ كما قلنا فى تبرعات المريض؛ إذا عجز عنها الثلث.

(الشرح) الأحكام: إذا حجر الحاكم على المفلس، فالمستحب أن يشهد على الحجر، ويأمر مناديًا، فينادى فى البلد: ألا إن الحاكم قد حجر على فلان بن فلان؛ ليكونوا على بصيرة من أمره ولأن هذا الحاكم قد يموت أو يعزل، ويلى غيره، فإذا أشهد الأول على الحجر، أمضاه الثانى، ولا يحتاج إلى ابتداء الحجر.

فرع: وإذا حجر الحاكم على المفلس تعلقت ديون الغرماء بماله، ومنع من التصرف بماله.

وقال أبو حنيفة: لا تتعلق الديون بماله، ولا يمنع من التصرف بماله؛ بل يحبسه

الحاكم حتى يقضى ما عليه من الدين وقد سبق مناقشة أدلته على ذلك.

دليلنا: ما روى أن معاذ بن جبل ركبته الديون على عهد رسول الله ﷺ، فكلم النبى - عليه السلام - غرماءه، فلم يزد على أن خلع ماله لهم، وأقل ما يقتضى الخلع: أنه منعه التصرف بماله.

وروى أبو سعيد أن رجلًا أصيب بثمار ابتاعها، فلم يف ماله بدينه، فقال النبى - عليه السلام -: «خذوا ماله، ليس لكم إلا ذلك». وفى إذنه لهم بأخذ ماله منع له من التصرف فيه، وقد سبق تفصيل ذلك.

وإذا تصرف المفلس بعد الحجر نظرت: فإن تصرف فى ذمته بأن اقترض أو اشترى شيئًا بثمن فى ذمته، أو أسلم إليه شىء، صح ذلك؛ لأن الحجر عليه فى أعيان ماله، وأما ذمته فلا حجر عليه فيها؛ لأنه لا ضرر على الغرماء فيما ثبت عليه بذمته.

ومن باعه شيئًا أو أقرضه بعد الحجر لم يشارك الغرماء فى ماله؛ لأنه إن علم بالحجر، فقد دخل على بصيرة، وإن لم يعلم به، فقد فرط فى ترك السؤال عنه.

وإن تصرف المفلس فى أعيان ماله: بأن باع، أو وهب، أو أقرض، أو أعتق، فهل يصح تصرفه فيها؟ فيه قولان:

أحدهما: أن تصرفه موقوف؛ فإن كان فيما بقى من ماله وفاء بدينه، نفذ تصرفه، وإن لم يكن فيه وفاء بدينه، لم ينفذ تصرفه، وهو أضعف القولين؛ لأن من صح ابتياعه فى ذمته صح بيعه لأعيان ماله كغير المفلس، ولأنه حجر عليه لحق الغير؛ فكان تصرفه صحيحًا موقوفًا؛ كالحجر على المريض. وفيه احتراز من تصرف المحجور عليه للسفه.

والقول الثانى: أن تصرفه باطل، وهو قول ابن أبى ليلى والثورى ومالك واختيار المزنى، وهو الصحيح؛ لأنه حجر ثبت بالحاكم؛ فلم يصح تصرفه فيه: كالسفيه، ولأن كل من تعلق بماله حق للغرماء وجب أن يكون ممنوعًا من التصرف فيه؛ كالرهن لا يصح تصرف الراهن به.

فإذا قلنا: إن تصرفه باطل فى أعيان ماله - رد جميع ما باع أو وهب أو عتق، وقسم ماله بين الغرماء؛ فإن وفى ماله بدينه بأن زادت القيمة، أو أُبرِئَ من بعض دينه، وفضل ما كان تصرفه فيه عن الدين - لم يحكم بصحة تصرفه الأول؛ لأنه وقع

باطلًا .

فعلى هذا القول: إن باع عينًا من أعيان ماله من غريمه بدينه الذى له عليه، فهل يصح؟ فيه وجهان حكاهما فى العدة: -

قال صاحب التلخيص: يصح؛ لأن الحجر عليه للدين، فبيعه بذلك الدين يوجب سقوطه.

والثانى: لا يصح، وهو قول الشيخ أبى زيد؛ لأن الحجر على المفلس ليس بمقصور على هذا الغريم؛ لأنه ربما ظهر له غريم آخر.

وإن قلنا: إن تصرفه صحيح موقوف، قسم ماله بين غرمائه، فإن وفى ماله بدينه، نفذ تصرفه، وإن لم يف بدينه إلا أن ينقض جميع ما تصرف فيه، نقض جميع ما تصرف فيه، وإن لم يف بدينه إلا ببعض الأعيان التى تصرف فيها نقض منها شىء بعد شىء. وما الذى ينقض أولًا؟ فيه وجهان:

قال الشيخ أبو حامد وعامة أصحابنا: ينقض الأضعف فالأضعف، وإن كان متقدمًا فى التصرف؛ فعلى هذا: تنقض الهبة أولاً؛ لأنها أضعف؛ لأنه لا عوض فيها، ثم البيع بعدها؛ لأنه يلحقه الفسخ - قال ابن الصباغ -: ثم العتق، ثم الوقف هكذا ذكره العمرانى، ثم قال:

والذى يقتضى القياس عندى على هذا أن الوقف ينقض أولًا قبل العتق؛ لأن العتق أقوى من الوقف؛ بدليل أنه يسرى إلى ملك الغير، والوقف لا يسرى إلى ملك الغير.

والثانى - وهو الذى اختاره المصنف -: أنه ينقض من تصرفه الآخر فالآخر، عتقًا كان أو غيره، كما فى تبرعات المريض المنجزة، إذا عجز عنها الثلث، فإنه ينقض الآخر فالآخر.

قال المصنف - رحمه الله تعالى -:

(فصل) قال الشافعى - رحمه الله -: ولو باع بشرط الخيار، ثم أفلس؛ فله إجازة البيع، ورده.

فمن أصحابنا من حمل هذا على ظاهره، وقال: له أن يفعل ما يشاء؛ لأن الحجر إنما يؤثر فى عقد مستأنف، وهذا عقد سبق الحجر؛ فلم يؤثر الحجر فيه.

وقال أبو إسحاق: إن كان الحظ فى الرد لم يجز، وإن كان فى الإجازة لم يرد؛

لأن الحجر يقتضى طلب الحظ، فإذا طرأ فى بيع الخيار، أوجب طلب الحظ؛ كما لو باع بشرط الخيار، ثم جُنَّ؛ فإن الولى لا يفعل إلا ما فيه الحظ من الرد والإجازة.

ومن أصحابنا من قال: إن قلنا: إن المبيع انتقل بنفس العقد، لم يجب الرد وإن كان الحظ فى الرد؛ لأن الملك قد انتقل، فلا يكلف رده، وحمل قول الشافعى - رحمه الله - على هذا القول.

وإن قلنا: إن المبيع لم ينتقل أو موقوف، لزمه الرد إن كان الحظ فى الرد؛ لأن المبيع على ملكه، فلا يفعل إلا ما فيه الحظ.

(الشرح) قوله: «فَإِذا طَرَأَ»[1] مهموزٌ، أى: حَدَثَ، وأصله: الطِّرِىء: ضد العتيق[2].

قوله «والإجازة»: فى المصباح: جاز المكان يجوزه جوزًا وجوازًا سار فيه، وأجازه - قطعه، وأجاز الشىء: أنفذ. قال ابن فارس وجاز العقد وغيره: نفذ ومضى على الصحة، وأجزت العقد: جعلته جائزًا، وأجاز له فعل كذا: سوغه له، وأجاز رأيه: أنفذه كجوزه، وأجاز له البيع: أمضاه، وأجاز الموضع: خلفه[3].

الإجازة فى استعمال الفقهاء:

لا تخرج فى استعمال الفقهاء عن هذا المعنى العام فيستعملونها فى إنفاذ العقود الموقوفة بمعنى ترتيب أثرها عليها وإنفاذها فيقولون: إن العقد الموقوف ينفذ.

الأحكام: قال الشافعى - رحمه الله -: «ولو تبايعا بالخيار ثلاثًا، ففلسا أو أحدهما، فلكل واحد منهما إجازة البيع ورده دون الغرماء؛ لأنه ليس بمستحدث»، وهذا كما قال: «إذا تبايع الرجلان وبينهما خيار الثلاث أو خيار المجلس، ثم حجر عليهما أو على أحدهما بالإفلاس قبل انقضاء الخيار...» إلخ، ومعنى قول الشافعى: «مفلسا»: أى حجر عليهما وحكم عليهما بالإفلاس.

وقد اختلف أصحابنا فى هذه المسألة على طرق: فمنهم من حملها على ظاهرها وقال لكل واحد منهما أن يفسخ البيع، وله أن يجزه، سواء كان الحظ فيما فعله من

---

(١) ينظر: النظم ١/٢٦٨ .
(٢) ينظر: اللسان والمصباح (طرأ) .
(٣) ينظر المصباح، والقاموس مادة: (جوز) .

ذلك، أو فى غيره؛ لأن الحجر إنما يمنع تصرفه فى المستقبل لا فيما مضى. ولأن المفلس لا يجبر على الاكتساب، فلو قلنا: يلزمه أن يفعل ما فيه الحظ، لألزمناه الاكتساب.

وقال أبو إسحاق: إن كان الحظ فى الفسخ لزمه أن يفسخ، وإن أجازه لم تصح إجازته، وإن كان الحظ فى الإجازة لزمه أن يجيز، وإن فسخ لم يصح الفسخ؛ لأن الحجر يقتضى طلب الحظ؛ فلم يفعل إلا ما فيه الحظ، كما لو باع بشرط الخيار، ثم جن، فإن الولى لا يفعل إلا ما فيه الحظ. وتأول كلام الشافعى على هذا.

ومنهم من قال: يبنى ذلك على وقت انتقال الملك إلى المشترى، وتصورها إذا باع بشرط الخيار، وأفلس البائع: فإن قلنا: إن الملك انتقل إلى المشترى بنفس البيع، فللبائع أن يجيز البيع، وإن كان الحظ فى الفسخ، فله أن يفسخ، وإن قلنا: إن البيع لا ينتقل إلا بشرطين، أو قلنا: إنه موقوف، فليس له أن يفعل إلا ما فيه الحظ على القولين.

قال ابن الصباغ: والطريقة الأولى أسد عند أصحابنا؛ لأن التصرف من المحجور عليه لا ينفذ، سواء كان الحظ فيه أو لم يكن.

وذكر الشيخ أبو حامد فى التعليق طريقة رابعة، وقال: الصحيح عندى أنه لا يملك فسخ العقد ولا إجازته بعد الحجر عليه بكل حال؛ لأنه عندنا ينقطع تصرفه بالحجر عليه؛ بدلالة أنه إذا باع شيئًا، ثم حجر عليه قبل قبض الثمن، لم يكن له قبضه، اللهم إلا أن يكون الإمام أمر من يقوم بأمره، وينظر فى مصالحه، فرأى الحظ له فى الفسخ؛ فإنه يفعل. اهـ.

قال المصنف - رحمه الله تعالى -:

(فصل) وإن وهب هبةً تقتضى الثواب، وقلنا: إن الثواب مقدر بما يرضى به الواهب، ثم أفلس فله أن يرضى بما شاء؛ لأنا لو ألزمناه أن يطلب الفضل؛ لألزمناه أن يكتسب، والمفلس لا يكلف الاكتساب.

(فصل) وإن أقر بدين لزمه قبل الحجر، لزم الإقرار فى حقه، وهل يلزم فى حق الغرماء؟ فيه قولان:

أحدهما: لا يلزم؛ لأنه متهم؛ لأنه ربما واطأ المقر له؛ ليأخذ ما أقر به، ويرد عليه.

والثانى: أنه يلزمه، وهو الصحيح؛ لأنه حق يستند ثبوته إلى ما قبل الحجر، فلزم فى حق الغرماء؛ كما لو ثبت بالبينة، وإن ادعى عليه رجل مالًا، وأنكر، ولم يحلف، وحلف المدعى: فإن قلنا: إن يمين المدعى مع نكول المدعى عليه كالبينة، شارك الغرماء فى المال.

وإن قلنا: كالإقرار، فعلى القولين فى الإقرار.

وإن أقر لرجل بعين، لزمه الإقرار فى حقه، وهل يلزم فى حق الغرماء؟ فيه قولان:

أحدهما: لا يلزم.

والثانى: يلزم، وتسلم العين إلى المقر له، ووجه القولين ما ذكرناه فى الإقرار بالدين.

(الشرح) قوله: «الاكتساب»، جاء فى القاموس[1]: اكتسب طلب الرزق، كما يقال: اكتسب بمعنى: تصرف واجتهد.

التعريف الاصطلاحى: استعمله الفقهاء بما لا يخرج عن معناه اللغوى فأرادوا به السعى فيما ينفع الإنسان فى دنياه تارة، وتارة العمل بما يترتب عليه ثواب أو عقاب فى الآخرة، وينشأ عن ذلك أن المال الذى يكتسبه الشخص يستفيد به فى حياته بما ينفق عن نفسه وعياله، وفى آخرته بما يتصدق به ويعود عليه بالثواب[2].

قوله: «أيسوا» الإياس - كما فى القاموس: القنوط وعدم الرجاء، وقد يطلق اليأس بمعنى العلم لغة للنجع[3]. وأنشد بعضهم لجابر بن سحيم: [من الطويل]

أقول لهم بالشِّعب إذ ييسرونني: ألم تيأسوا أنى ابنُ فارس زَهْدَمِ[4]؟

أى: ألم يعلموا.

الأحكام: وإن وهب لغيره قبل الحجر هبة تقتضى الثواب ثم حجر عليه، وقلنا:

---

(١) ينظر القاموس (كسب).

(٢) ينظر موسوعة الفقه الإسلامى المجلس الأعلى للشئون الإسلامية.

(٣) ينظر: عمدة الحفاظ ٤/ ٤٠١، ٤٠٢.

(٤) البيت فى اللسان (يسر، يأس، زهدم)، والتاج (يسر، يئس، زهدم، لزم)، وتهذيب اللغة ١٣/ ٦٠، وأساس البلاغة (يئس)، وبلا نسبة فى المخصص ١٣/ ٢٠، وزهدم اسم فرس أبيه سحيم بن وثيل.

إن الثواب مقدر بما يرضى به الواهب - فله أن يرضى بالقليل والكثير؛ لأنا لو ألزمناه طلب الفضل لألزمناه الاكتساب، وذلك لا يلزمه.

فصل: وإذا أقر المحجور عليه بدين لزمه قبل الحجر، وصادقه المقر له، وكذبه الغرماء، تعلق الدين بذمته قولاً واحدًا، وهل يقبل إقراره فى حق الغرماء؛ ليشاركهم المقر له؟ فيه قولان:

أحدهما: أنه لا يقبل فى حقهم، ولا يشاركهم؛ لأنه مال تعلق به حق الغير، فلم يقبل إقرار من عليه الحق فى ذلك المال: كالراهن إذا أقر بدين لم يبطل به حق المرتهن، ولأنه لا يؤمن أن يواطئ المفلس من يقر له بالدين؛ ليشارك الغرماء، ثم يسلمه إلى المفلس.

والقول الثانى: أن إقراره مقبول فى حق الغرماء؛ فيشاركهم المقر له - وهو الصحيح - لأنه حق ثبت بسبب منسوب إلى ما قبل الحجر؛ فوجب أن يشارك صاحب الحق بحقه الغرماء، كما لو ثبت حقه بالبينة. ولأن المريض لو أقر لرجل بدين لزمه فى حال الصحة، لشارك من أقر له فى حال المرض، كذلك هذا المفلس لو أقر بدين قبل الحجر، لشارك الغرماء، وكذلك إذا أقر بدين بعد الحجر، وأضافه إلى ما قبل الحجر، يكون كما لو أقر به قبل الحجر، وكذلك إذا أقر بدين بعد الحجر.

وإن كان فى يد المفلس عين، وقال: هذه العين عارية عندى لفلان، أو غصبتها منه، أو أودعتها، فهل يقبل إقراره فى حق الغرماء؟ على قولين:

أحدهما: لا يقبل، فإن لم يف مال المفلس بدينه إلا ببيع تلك العين بيعت، وفرق ثمنها على الغرماء، وكان ثمنها دينًا فى ذمة المفلس.

والقول الثانى:- وهو الصحيح -: أنه يقبل إقراره فيها على الغرماء، وتسلم العين إلى المقر له.

قال الشيخ أبو حامد: وقد شنع الشافعى - رحمه الله - على القول الأول، وقال: من قال بهذا أدى إلى أن القصار إذا أفلس، وعنده ثياب لقوم، فأقر أن هذا الثوب لفلان، وهذا لفلان، فلا يقبل منه، وكذلك الصباغ والصايغ إذا أفلسا وأقرا بمتاع لأقوام بأعيانهم لا يقبل، وهذا لا سبيل إليه، وكذلك لو قال: «عندى عبد آبق»، ولم يقبل قوله، فبيع العبد رجع بعهدته على المفلس؛ فيكون قد رجع عليه

بعهدته، بعد إقراره: أنه آبق، وباعه بهذا الشرط، وهذا لا سبيل إليه؛ لأنه إبطال لأصول الشرع؛ فلذلك قلنا: نقبل إقراره.

فرع: وإن ادعى رجل على المفلس بدين فى ذمته أو عين فى يده فجحده، فإن أقام المدعى بينة، شارك الغرماء بالدين، وأخذ العين، وإن لم يقم بينة، فالقول قول المفلس مع يمينه، فإن حلف له انصرف المدعى، وإن نكل المفلس عن اليمين، فحلف المدعى، فهل يشارك الغرماء فى الدين ويأخذ العين؟ فيه طريقان:

قال الشيخ أبو حامد - وهو قول المصنف أيضًا، إن قلنا -: إن يمين المدعى مع نكول المدعى عليه كالبينة، شارك الغرماء بالدين، وأخذ العين. وإن قلنا: إنها كالإقرار، كان على القولين الأولين فى إقرار المفلس.

وقال ابن الصباغ: يشارك الغرماء قولًا واحدًا، كما لو ثبت ذلك بالبينة.

قال المصنف - رحمه الله -:

(فصل) وإن جنى على رجل جنايةً توجب المال؛ وجب قضاء الأرش من المال؛ لأنه حق لزمه بغير، رضى من له الحق؛ فوجب قضاؤه من المال، وإن جنى عليه جنايةً توجب المال، تعلق حق الغرماء بالأرش؛ كما يتعلق بسائر أمواله.

(فصل) وإن ادعى على رجل مالًا، وله شاهد، فإن حلف استحق، وتعلق به حق الغرماء.

وإن لم يحلف، فهل تحلف الغرماء، أم لا؟ قال فى «التفليس»: لا يحلفون، وقال فى غرماء الميت إذا لم يحلف الوارث مع الشاهد؛ ففيه قولان:

أحدهما: يحلفون.

والثانى: لا يحلفون فمن أصحابنا من نقل أحد القولين من غرماء الميت إلى غرماء المفلس، فجعل فيهما قولين:

أحدهما: يحلفون؛ لأن المال إذا ثبت، استحقوه.

والثانى: لا يحلفون؛ لأنهم يحلفون لإثبات المال لغيرهم، وذلك لا يجوز.

ومن أصحابنا من قال: لا تحلف غرماء المفلس، وفى غرماء الميت قولان؛ لأن الميت لم يمتنع من اليمين، فحلف غرماؤه، والمفلس امتنع من اليمين، فلم تحلف غرماؤه؛ ولأن غرماء الميت أيسوا من يمين الميت؛ فحلفوا، وغرماء المفلس لم ييأسوا من يمين المفلس؛ فلم يحلفوا.

وإن حجر عليه، وعليه دين مؤجل، فهل يحل؟ فيه قولان:

أحدهما: يحل؛ لأن الدين تعلق بالمال، فحل الدين المؤجل؛ كما لو مات.

والثاني: لا يحل، وهو الصحيح؛ لأنه يملك التصرف فى الذمة، فلم يحل عليه الدين؛ كما لو لم يحجر عليه.

(الشرح) الأحكام: إذا جنى المحجور عليه على غيره أو أتلف عليه مالًا، شارك المجنى عليه والمتلف عليه الغرماء؛ لأن ذلك ثبت بغير رضا من له الحق.

وإن كان عبدًا فجنى على غيره، قدم حق المجنى عليه فى رقبة العبد على سائر الغرماء، وإن جُنِيَ على المفلس جناية خطأ، تعلق حق الغرماء بالأرش؛ لأن الأرش ماله، فيتعلق به حق الغرماء كسائر أمواله.

وإن جنى عليه جناية عمد توجب القصاص فالمفلس بالخيار: بين أن يقتص وبين أن يعفو، وليس للغرماء أن يطالبوه بالعفو على مال؛ لأن ذلك اكتساب للمال لا يلزمه، ولأنا لَو ألزمناه ذلك لصار ذلك ذريعة للجناية عليه ثانيًا وثالثًا؛ فلم يلزمه.

فإن عفا على مال تعلق به حق الغرماء. وإن عفا مطلقًا: فإن قلنا: إن موجب القصاص القود لا غير لم يجب المال، وإن قلنا: إن موجبه أحد الأمرين، فقد ذكر فى التعليق والشامل: أن المال ثبت، ويتعلق به حقوق الغرماء، ولا يصح عفوه.

فصل: وإن ادعى المفلس على غيره بدين أو عين، وأنكره المدعى عليه، فأقام المفلس شاهدًا، فإن حلف معه استحق ما ادعاه، وقسم على الغرماء؛ لأنه ملك له، وإن لم يحلف، فهل يحلف الغرماء؟ قال الشافعى - رحمه الله - فى المختصر: لا يحلف الغرماء، وقال: إذا مات، وخلف ورثة، وعليه دين، وله دين على آخر له به شاهد، ولم يحلف الورثة، فهل يحلف الغرماء؟ على قولين؛ فمن أصحابنا من قال: المسألتان على قولين، ومنهم من قال: لا يحلف غرماء المفلس قولاً واحدًا، وفى غرماء الميت قولان، والفرق بينهما أن المفلس يرجى أن يحلف، فلم يحلف غرماؤه، والميت لا يرجى أن يحلف، فحلف غرماؤه.

والصحيح: أنها على قولين:

أحدهما: يحلفون؛ لأن حقوقهم تتعلق بما ثبت للمفلس؛ فكان لهم أن يحلفوا كالورثة؛ ولأن الإنسان قد يحلف لإثبات المال لغيره؛ كما نقول فى الوكيل إذا أحلفه العاقد له، فإن الوكيل يحلف، ويثبت الحق للموكل، كذلك هذا مثله.

الثاني: لا يحلفون - وهو الصحيح - لأنهم يثبتون بأيمانهم ملكًا لغيرهم، تتعلق به حقوقهم بعد ثبوته، وهذا لا يجوز؛ كما لا تحلف الزوجة لإثبات مال زوجها، وإن كان إذا ثبت تعلقت به نفقتها، فأشبهت الورثة؛ لأنهم يثبتون ملكًا لأنفسهم بأيمانهم، وأما الوكيل فإنما حلف لأن اليمين متعلقة بالعقد، فلما كان هو العاقد توجهت اليمين عليه.

(فرع): وإن ادعى المفلس على غيره بدين أو عين، ولا بينة له، فالقول: قول المدعى عليه مع يمينه، فإن حلف فلا كلام، وإن نكل المدعى عليه عن اليمين ردت على المفلس، فإن حلف ثبت المال، وقسم على الغرماء، وإن لم يحلف المفلس، فهل يحلف الغرماء؟ قال ابن الصباغ: هى على قولين: كاليمين مع الشاهد؛ وإن حلفوا فإن المال الذى ثبت بأيمانهم يقسم بينهم على قدر ديونهم.

فرع: إذا كان على رجل ديون مؤجلة، فليس لغرمائه أن يسألوا الحاكم أن يحجر عليه لأجل ديونهم؛ لأنه لا حق لهم قبل محل الأجل.

وإن كان عليه ديون حالة وديون مؤجلة، فرفع أصحاب الديون الحالة أمره إلى الحاكم، فنظر إلى ما عليه من الديون، وإلى ما معه من المال، فوجد ماله لا يفى بالديون الحالة؛ فحجر عليه بناء على مسألتهم، فهل تحل عليه الديون المؤجلة؟ فيه قولان:

أحدهما: تحل، وبه قال مالك رحمه الله؛ لأن ذمة المفلس قد خربت بالتفليس، كما خربت ذمة الميت بالموت، ورب الدين إنما رضى بالأجل رجاء الوفاء، وفى الفلس والموت قد انقطع هذا الرجاء بانتقال المال إلى غيره، وإذ قد خربت ذمته، فقد انعدم محل الدين، ولا بقاء لشىء لم يتعلق بمحل، فلو لم تُعَجَّلِ الديون المؤجلة لضاعت على أصحابها.

وقد يقال: أما أن ذمة الميت قد خربت، ولا يرجى أن تكون مشغولة، فمسلَّم، ولا كذلك ذمة المفلس؛ فإنها وإن خربت إلا أنه يرجى لها الملاء[1].

الثاني: لا يحل، وهو اختيار المزنى، وهو الأصح، وإليه ذهب الحنفية؛ وذلك لأن الدين فى حال الموت لا يجوز أن يتعلق بذمة الميت لخرابها؛ إذ لا يتمكن

(١) ينظر الخرشى (٥/ ٢٦٦).

الدائن من مطالبته، ولا يتعلق بذمة الورثة؛ لأنهم لم يلتزموا ذلك الدين، والغريم لم يرض بذممهم، فبقى أن يتعلق بالمال، وإذا كان المال عرضة للضياع والتلف، وكان تأخير الدين إلى أجله قد يؤدى إلى عدم الوفاء، فكان الميت مرتهنًا بدينه، كما قال الرسول ﷺ: «الْمَيِّتُ مُرْتَهَنٌ بِدَيْنِهِ، حَتَّى يُقْضَى عَنْهُ»[1].

أما المفلس فإن ذمته باقية، والمال غادٍ ورائح، فإن ذهب ما بيده، فقد يجوز أن يملك فى مستقبل أمره ما يوفى به دينه، فالرجاء باقٍ ما دام حيًا؛ فلا وجه للتعجيل[2].

فرع: أما الحنابلة: فإنهم يرون أن الديون المؤجلة لا تحل مطلقًا، سواء فى ذلك الفلس والموت؛ لأن الدين الذى عليه - مفلسًا أو ميتًا - كالدين الذى له، وكما لا يحل ما له بفلسه أو موته باتفاق، فكذلك لا يحل ما عليه فى الحالين[3].

ونحن نقول: إنه قياس مع الفارق؛ فإن الدين المؤجل الذى للمفلس أو للميت لم يطرأ عليه ما يغير الحالة التى وقع التعامل عليها، والمعنى الذى وجد فى المفلس أو الميت لم يوجد فى غيره؛ ضرورة أنه ليس مفلسًا أو ميتًا؛ فلم تخرب الذمة، ولا تقاس ذمة خاربة على ذمة عامرة.

قال المصنف - رحمه الله تعالى -:

(فصل) وإن لم يكن له كسب، ترك له ما يحتاج إليه للنفقة إلى أن يفك الحجر عنه، ويرجع إلى الكسب؛ لقوله ﷺ: «ابدأ بنفسك، ثم بمن تعول» فقدم حق نفسه على حق العيال، وهو دين، فدل على أنه يقدم على كل دين، ويكون الطعام على ما جرت به عادته، ويترك له ما يحتاج إليه من الكسوة من غير إسراف، ولا إجحاف؛ لأن الحاجة إلى الكسوة، كالحاجة إلى القوت.

فإن كان له من تلزمه نفقته؛ من زوجة، أو قريب ترك لهم ما يحتاجون إليه من النفقة، والكسوة بالمعروف؛ لأنهم يجرون مجراه فى النفقة، والكسوة، ولا تترك له

---

(١) أخرجه أبو يعلى فى المسند ٦/ ١٩٣ (٣٤٧٧) من حديث أنس وذكره الهيثمى فى مجمع الزوائد ٣/ ٤٣ وقال: رواه أبو يعلى وفيه من. لم أعرفه. وذكره أيضًا بنحوه ٣/ ٤٣ وقال: رواه الطبرانى فى الأوسط وفيه عبد الحميد بن أمية وهو ضعيف .

(٢) ينظر فتح العزيز ١٠/ ٢٠١ .

(٣) ينظر المغنى ٤/ ٤٥٨ .

دار، ولا خادم؛ لأنه يمكنه أن يكترى دارًا يسكنها، وخادمًا يخدمه.

وإن كان له كسب؛ جعلت نفقته فى كسبه؛ لأنه لا فائدة فى إخراج ماله فى نفقته، وهو يكتسب ما ينفق.

(الشرح) قوله: لقوله ﷺ «ابدأ بنفسك ثم بمن تعول» - تقدم.

قوله: «أن يفك» الانفكاك: الخلاص؛ فككته أفكه فكًا فانفك: أى خلص.

قوله: «بمن تعول»[1] أى: تمون، يعنى: بمن تلزمك مؤنته من نفسك وزوجك وقريبك وذى روح ملكته، فإن اجتمعوا وله ما ينفق على الكل لزمه، وإلا قدم نفسه فزوجته فولده الصغير أو المجنون فأمه فأباه فولده المكلف فجده فأبا جده وإن علا، ذكره الشافعى. قال السمهودى: والحديث وإن ورد فى الإنفاق فالمحققون يستعملونه فى أمور الآخرة كالعالم يبدأ بعياله فى التعليم، ويؤيده قوله تعالى: ﴿قُوٓا۟ أَنفُسَكُمْ وَأَهْلِيكُمْ نَارًا...﴾ [التحريم:٦]. وأخذ بعض علماء السلوك منه أنه يقصد بتعلم العلم نفسه أولًا ثم المسلمين ثانيًا: الأقرب فالأقرب. فلا يقصد نفع غيره إلا تبعًا ليحوز أجر النية والعمل.

قوله: «عادته»: العادة مأخوذة من العود، أو المعاودة، بمعنى التكرار، وهى فى اللغة: الأمور المتكررة من غير علاقة عقلية.

وعرّفها بعضهم: بأنها تكرار الشىء وعوده مرة بعد أخرى تكرارًا كثيرًا يخرج عن كونه واقعًا بطريق الصدفة والاتفاق.

وعند علماء الأصول: عبارة عما استقر فى النفوس من الأمور المتكررة المقبولة عند الطبائع السليمة[2].

قوله: «إجحافٍ»[3] يقال: أجحف به إذا ذهب، يقال: سَيْلٌ جُحَافٌ: إذا أخذ كل شىء وذهب به[4].

قوله: «الحاجة»: الحاجة تطلق على الافتقار، وعلى ما يفتقر إليه[5].

---

(١) ينظر: فتح القدير ١/ ٧٥ .

(٢) ينظر: الأشباه والنظائر لابن نجيم حاشية الحموى ١/ ١٢٦، ١٢٧، ورسالة نشر العرف لابن عابدين ١١٢ .

(٣) ينظر: النظم ١/ ٢٦٨ .

(٤) ينظر: الصحاح (جحف) .

(٥) ينظر: لسان العرب، وتاج العروس، والكليات للكفوى مادة: (حوج) .

واصطلاحًا هى - كما عرفها الشاطبى -: ما يفتقر إليها من حيث التوسعة ورفع الضيق المؤدى فى الغالب إلى الحرج والمشقة اللاحقة بفوت المصلحة، فإذا لم تراع دخل على المكلفين - على الجملة - الحرج والمشقة[١].

ويعتبرها الأصوليون مرتبة من مراتب المصلحة، وهى وسط بين الضرورى والتحسينى[٢].

والفقهاء كثيرًا ما يستعملون الحاجة بالمعنى الأعم وهو ما يشمل الضرورة، ويطلقون الضرورة مرادًا بها الحاجة التى هى أدنى من الضرورة.

قوله: «أسوة»[٣]: الأسوة والإسوة، بالضم والكسر، مثل القُدوة والقِدوة، وهى الحالة التى يكون الإنسان عليها فى اتباع غيره سواء فى حُسن أو قُبح، نفع أو ضُر. قال - تعالى -: ﴿لَّقَدْ كَانَ لَكُمْ فِي رَسُولِ ٱللَّهِ أُسْوَةٌ حَسَنَةٌ﴾ [الأحزاب: ٢١] قُرئ بالوجهين[٤]، أى: اتباعه واجب عليكم. يقال: تأسيت به، أى: اتبعته فى فعله، مثل: اقتديت.

الأحكام: إذا حجر الحاكم على المفلس، ومنعه من التصرف فى ماله، فمن أين تكون نفقته إلى أن يبيع ماله، ويقسمه على الغرماء؟ ينظر فيه: فإن كان له كسب كانت نفقته من كسبه، وإن لم يكن له كسب، فإن على الحاكم أن يدفع إليه نفقته من ماله؛ لما روى أن النبى ﷺ قال للرجل الذى جاءه بالدينار: «ابدأ بنفسك، ثم بمن تعول». فأمره أن يبدأ بنفسه على من يعول، ومعلوم أن فيمن يعول من تجب نفقته، وتكون دينًا عليه، وهى الزوجة؛ فعلم أن نفقته مقدمة على الدين، ويكون طعامه على ما جرت به عادته، ويدفع إليه نفقته كل يوم بيومه، وآخرها اليوم الذى يقسم فيه الحاكم ماله، فيدفع إليه نفقته ذلك اليوم؛ لأن النفقة تجب فى أوله، ويترك له ما يحتاج إليه من الكسوة؛ لأنه لابد له أن يتصرف، فلو قلنا: إنه لا يكتسى، لامتنع الناس عن معاملته. ويترك له من الكسوة ما يكفيه على ما جرت به عادته.

---

(١) ينظر: الموافقات للشاطبى ٢/ ١٠ - ١١ .

(٢) ينظر: فواتح الرحموت ٢/ ٢٦٢، والمستصفى ١/ ٢٨٩، وجمع الجوامع ٢/ ٢٨١ .

(٣) ينظر: عمدة الحفاظ ١/ ١٠١ .

(٤) قرأ عاصم بضم الألف فى جميع القرآن، وقرأ باقى السبعة بكسر الألف حيث كان. اتحاف الفضلاء ص٣٥٤ .

قال الشافعي - رحمه الله -: يكفيه قميص وسراويل ورداء - إن كان ممن يرتدى الرداء - وحذاءان لرجله؛ هذا إذا كان فى صيف، وإن كان فى الشتاء زيد على القميص جبة محشوة وخف بدل النعل. وإن كان من عادته أن يتطيلس دفع إليه الطيلسان.

وأما جنس ثيابه فمعتبر بحاله: فإن كان من عادته لبس رفيع الثياب ترك له ذلك، وإن كانت عادته أن يلبس غليظ القطن والكتان لم يزد على ذلك.

وقال الشافعي - رحمه الله -: إن كانت له ثياب غوال بيعت. قال أصحابنا: أراد إذا كان من عوام الناس، وله ثياب غالية جرت العادة أن يلبسها ذوو الأقدار ونبلاء التجار بيعت، ويشترى له ثياب جرت العادة أن يلبسها مثله. وإن كان ممن يلبس المتوسط من الثياب، ترك له ذلك فى العادة، ويصرف الباقى من ثمنها إلى الغرماء.

(فرع): وإن كان للمفلس من تلزمه نفقته: كالزوجة والوالدين والمولودين، ترك لهم ما يحتاجون من نفقة وكسوة، كما قلنا فى المفلس؛ لأنهم يجرون مجرى نفسه؛ لأن الأقارب يعتقون عليه إذا ملكهم؛ كما تعتق نفسه إذا ملكها، ونفقة الزوجة آكد من نفقة الأقارب؛ لأنها تجب بحكم المعاوضة.

(فرع): فإن مات المفلس كانت مؤنة تجهيزه وكفنه من ماله؛ لما روى أن النبى ﷺ قدمت عليه جنازة؛ ليصلى عليها، فقال: «هل على صاحبكم دين؟» فقالوا: نعم. فقال: «صلوا على صاحبكم»[1]، ولا محالة أنه كان قد كفن؛ فعلم أن الذى كفن به مقدم على حقوق الغرماء؛ لأنه لم يتعرض له.

وإن مات للمفلس من تلزمه نفقته: فإن كانت زوجة - فهل يجب كفنها ومؤنة تجهيزها عليه، أو فى مالها؟ فيه وجهان، مذكوران فى الجنائز.

وإن كان من الوالدين أو المولودين، وجبت مؤنة تجهيزه وكفنه على المفلس،

---

(١) أخرجه الدارقطنى ٣/ ٤٦ - ٤٧، والبيهقى ٦/ ٧٢ - ٧٣ من طرق بأسانيد ضعيفة عن أبى سعيد الخدرى قاله الحافظ فى تلخيص الحبير ٣/ ١٠٦.

وفى الباب عن سلمة بن الأكوع:

أخرجه البخارى ٥/ ٢٤٠ - ٢٤١ كتاب الكفالة باب من تكفل عن ميت فليس له أن يرجع... (٢٢٩٥) وأحمد ٤/ ٤٧ و٥٠.

وعن أبى هريرة: أخرجه البخارى ٥/ ٢٤٤ كتاب الكفالة باب الدين (٢٢٩٨) وأطرافه [٢٣٩٨ و٢٣٩٩ و٤٧٨١ ...].

ويقدم ذلك على الغرماء، كما قلنا فى نفس المفلس. وكم القدر الذى يجب فى الكفن من ثوب أو ثوبين أو ثلاثة؟ الجواب: أنه ما يستر العورة لا غير.

فرع: إذا كان للمفلس دار يسكنها أو خادم يخدمه، بيعا عليه، وصرف ثمنهما للغرماء؛ لأنه يمكنه أن يكترى دارا يسكنها وخادما يخدمه، وقد جرت العادة أن الناس يكترون الدور والخدم، وذلك بخلاف الثياب؛ فإن العادة لم تجر باكترائها، ولأن أكثر ما فيه إذا بيع داره أو خادمه أنه بيع من ماله ما هو من تمام كفايته، وهذا لا يمتنع؛ ألا ترى أنه لو كان له عقار يأتيه منها كفايته، فإنها تباع بالدين، وإن كانت من تمام كفايته؟.

قال المصنف - رحمه الله تعالى -:

(فصل) وإذا أراد الحاكم بيع ماله، فالمستحب أن يحضره؛ لأنه أعرف بثمن ماله، فإن لم يكن من يتطوع بالنداء، استؤجر من ينادى عليه من سهم المصالح؛ لأن ذلك من المصالح، فهو كأجرة الكيال، والوزان فى الأسواق، فإن لم يكن سهم المصالح؛ اكترى من مال المفلس؛ لأنه يحتاج إليه لإيفاء ما عليه، فكان عليه، ويقدم على سائر الديون؛ لأن فى ذلك مصلحة له.

ويباع كل شىء فى سوقه؛ لأن أهل السوق أعرف بقيمة المتاع، ومن يطلب السلعة فى السوق أكثر، ويبدأ ببيع بما يسرع إليه الفساد؛ لأنه إذا أخر ذلك هلك، وفى ذلك إضرار، وقد قال ﷺ: «لا ضرر ولا إضرار» ثم بالحيوان؛ لأنه يحتاج إلى علف، ويخاف عليه التلف.

ويتأنى بالعقار؛ لأنه إذا تأنى به كثر من يطلبه، ولا يتأنى به أكثر من ثلاثة أيام؛ لأن فيما زادا إضرار بالغرماء فى تأخير حقهم.

فإن كان فى المال رهن، أو عبد، تعلق الأرش برقبته، بيع فى حق المرتهن والمجنى عليه؛ لأن حقهما يختص بالعين؛ فقدم.

وإن بيع له متاع، وقبض ثمنه، فهلك الثمن، واستحق المبيع - رجع المشترى بالعهدة فى مال المفلس.

وهل يقدم على سائر الغرماء؟ روى المزنى: أنه يقدم؛ وروى الربيع: أنه أسوة بالغرماء، فمن أصحابنا من قال: فيه قولان:

أحدهما: يقدم؛ لأن فى تقديمه مصلحة، فإنه متى لم يقدم، تجنب الناس شراء

ماله؛ خوفًا من الاستحقاق، فإذا قدم رغبوا في شراء ماله.

والثاني: أنه أسوة بالغرماء؛ لأن هذا دين تعلق بذمته بغير رضى من له الحق، فضرب به مع الغرماء؛ كأرش الجناية.

ومنهم من قال: إن لم يفك الحجر عنه، قدم؛ لأن فيه مصلحة له، وإن فك الحجر عنه، كان كسائر الغرماء، وحمل رواية الربيع على هذا.

(الشرح) قوله: قال ﷺ «لا ضرر ولا ضرار» تقدم.

قوله: «من الاستحقاق»: جاء في لسان العرب[1]: استحق الشيء استوجبه ومنه قوله تعالى: ﴿فَإِنْ عُثِرَ عَلَىٰٓ أَنَّهُمَا ٱسْتَحَقَّآ إِثْمًا﴾ [المائدة:١٠٧] أي: استوجباه، ويقال: استحق الدار على المشتري الذي اشتراها أي ملكها عليه وأخرجها الحاكم من يد المشتري إلى يد من استحقها. ونقل ابن عابدين[2] عن الفارابي: استحق فلان الأمر استوجبه؛ فالأمر مستحق بفتح الحاء، ومنه قولهم: خرج المبيع مستحقًّا. اهـ. قال ابن عابدين: إن هذا يشير إلى توافق المعنيين اللغوي والشرعي وهو ظهور كون الشيء حقًّا واجبًا للغير.

الأحكام: إن أراد الحاكم أن يبيع مال المفلس، فإنه يستحب للحاكم أن يحضره؛ لأن في ذلك تطييبا لنفسه، ومصلحة له؛ إذ هو أعلم بقيمة أمواله وأثمانها، وأقدر على إحصاء ثمنها وضبطها.

وكذلك لابد من دلَّال: وهو من ينادي على المتاع فيمن يريد، ويستحب أن يقول الحاكم للمفلس والغرماء: ارتضوا برجل ينادي على بيع المتاع؛ لأنهم أعرف بمن يصلح لذلك الأمر، ولأن في ذلك تطييبًا لأنفسهم، فإن لم يستأذنهم الحاكم في ذلك، ونصب مناديًا من قبله، جاز؛ لأن المفلس قد انقطع تصرفه، والغرماء لا ملك لهم.

قال الشافعي: - رحمه الله - «ولا يقبل إلا ثقة. وفي بعض نسخ المزني - رحمه الله - «ولا يقبل إلا من ثقة»، فمن نقل: «ولا يقبل إلا ثقة»، معناه: إذا نصب المفلس والغرماء من ينادي على ثمن المتاع لم يقبله الحاكم إلا أن يكون ثقة.

---

(١) ينظر: اللسان (حقق).
(٢) ينظر: حاشية ابن عابدين ٤/١٩٩ .

والفرق بين هذا وبين الرهن إذا اتفق المتراهنان على وضع الرهن على يد من ليس بثقة، لم يعترض الحاكم عليهما؛ لأن الحق فى الرهن للمتراهنين، لا يتعداهما، وههنا النظر للحاكم؛ لأنه ربما ظهر غريم آخر.

وأما من نقل: «ولا يقبل إلا من ثقة»، فمعناه: إذا نودى على مال المفلس، فزاد فى ثمنه إنسان، فإنه لا تقبل الزيادة إلا من ثقة؛ مخافة أن يزيد، فيترك، فتفسد.

فإن تطوع الدلال بالنداء من غير أجرة لم يستأجر الحاكم من ينادى؛ لأنه لا حاجة إلى ذلك، وإن لم يوجد من يتطوع بذلك، استؤجر بأقل ما يوجد، فإن كان فى بيت المال فضل أعطى الأجير أجره منه؛ لأن فى ذلك مصلحة، فهو كأجرة الكيال والوزان فى الأسواق.

وإن لم يكن فى بيت المال فضل، استوفى من مال المفلس كذلك؛ لأن العمل له.

فإن اختار المفلس رجلًا ينادى على المتاع، واختار الغرماء غيره، نظر الحاكم فيهما: فإن كان أحدهما ثقة دون الآخر أقر الثقة منهما، وإن كانا ثقتين، فإن كان أحدهما متطوعًا دون الآخر؛ أقر المتطوع دون الآخر؛ لأنه أوفر عليهم، فإن كانا متطوعين، ضم أحدهما إلى الآخر؛ لأن ذلك أحوط، وإن كانا غير متطوعين، اختار أوثقهما وأعرفهما.

(فرع): ويباع كل شىء من الأمتعة فى سوقه، فتباع الكتب فى سوق الوراقين، والبز فى سوق البزازين، والطعام فى سوق الطعام، وما أشبه ذلك؛ لأن الشىء إنما يطلب فى سوقه، فإن باع شيئًا بثمن مثله الذى يباع به فى سوقه فى غير سوقه صح البيع؛ لأن الغرض حصول ثمن مثله.

ويبدأ ببيع ما يسرع إليه الفساد من مال المفلس: كاللحم الطرى، والطبيخ، والهريس وما أشبه ذلك؛ لأنه إذا لم يبع تلف بالفساد، أو نقصت قيمته، ثم يبيع بعده الحيوان للتلف، ولأنه يحتاج إلى المؤنة فى بقائه، ثم يبيع بعده سائر الأمتعة التى تحول وتنقل: كالثياب وغيرها؛ لأن اليد تنالها، ويخاف عليها، ثم يبيع بعد ذلك العقار؛ لأنه يخاف عليه الهلاك. وجميع أمواله تباع فى حال النداء وفيمن يريد فى سوقها فى وقت قيام ذلك السوق إلا العقار؛ فإنه لا ينادى عليه، وإنما يأمر الدلال بعرضه؛ لأن العادة جرت إذا بيع العقار على أيدى الدلالين، كان أعز لهم

وأكثر لثمنه، ويخالف السلعة؛ فإن النداء عليها يجلب الزبون؛ لأن من يشترى ذلك لا ينحصر، وأما العقار: فإن الدلالين يعرفون من يشتريه؛ فيعرضونه عليه.

قال الشافعى - رحمه الله -: فإن كان بقرب ذلك البلد قوم يشترون العقار فى ملك المفلس أنفذ إليهم، وأعلمهم بذلك؛ ليحضروا، فيشتروا؛ فيتوفر الثمن على المفلس.

(فرع): ويباع مال المفلس بنقد البلد، وإن كان من غير جنس حق الغرماء، فإنه أوفر: فإن كان حق الغرماء من نقد البلد دفعه إليهم، وإن كان حقهم من غير نقد البلد: فإن كان حقهم ثبت من غير جهة السلم، دفع إليهم عوضه إن رضوا بذلك، وإن لم يرضوا، اشترى لهم من جنس حقوقهم، وإن كان حقهم ثبت من جهة السلم، لم يجز أخذ العوض عن ذلك، وإنما يشترى لهم حقهم.

(فرع): وإن كان فى مال المفلس رهن بدأ ببيعه؛ لأن حق المرتهن يختص بالعين، وحقوق الغرماء لا تختص بالعين، ولأنه ربما زاد ثمن الرهن على حق المرتهن؛ فتفرق الزيادة على سائر الغرماء، وربما نقص ثمنه عن حق المرتهن؛ فيضرب مع الغرماء بما بقى له؛ فاحتيج إلى بيعه لذلك.

وإن كان هناك عبد جنى على غيره، قدم بيعه أيضًا؛ لأن حقه يختص بعين العبد؛ ولأنه ربما زاد ثمنه على قدر الأرش فتفرق الزيادة على سائر الغرماء، ولا يجىء فى هذا أن يقال: إن نقص ثمنه ضرب المجنى عليه بما نقص مع الغرماء؛ لأنه ليس للمجنى عليه أكثر من العبد الجانى.

(فرع): فإن باع شيئًا من مال المفلس: فإن كان دينه لواحد فإنه يدفع الثمن - كلما باع شيئًا، وقبض ثمنه - إلى الغريم؛ لأنه لا حاجة به إلى التأخير.

وإن كان الدين لجماعة نظرت: فإن بيع جميع ما له دفعة واحدة، قبض ثمنه، وفرقه على الغرماء بالحصص على قدر ديونهم.

وإن لم يمكن بيع ماله إلا بشىء بعد الشىء نظرت فيما يباع به أولا: فإن كان ثمنه كثيرًا يمكن قسمته على الغرماء قسم بينهم؛ لأنه لا حاجة به إلى التأخير، وإن كان قليلًا يتعذر قسمته، أخرت قسمته، فإن وجد الحاكم ثقة مليئًا، فقد قال الشافعى - رحمه الله -: أقرضه إياه حالًا، فإذا تكامل بيع المال أخذه من الذى أقرضه إياه، وقسمه بين الغرماء، ويكون ذلك أولى من إيداعه؛ لأن القرض مضمون على المقترض، والوديعة أمانة يخاف تلفها. وإن لم يجد ثقة مليئًا يقرضه إياه أودعه عند ثقة.

فإن قيل: فلم قال الشافعى - رحمه الله -: «يقرضه حالًا»، والقرض عنده لا يكون إلا حالًا؟ فقال أكثر أصحابنا: وصف القرض بذلك لا لأنه شرط، وإنما قصد بذلك الرد على مالك - رحمه الله - حيث قال: يصح القرض مؤجلًا.

وقال بعض أصحابنا: أراد حالًا - بغير تشديد - يعنى: يقرضه فى الحال. وهذا ليس بشىء.

فإن قيل: فقد قال الشافعى - رحمه الله -: لا يجوز إقراض مال اليتيم إلا فى حال الضرورة، وهو أن يكون فى بحر، ومعه مال اليتيم، ويخاف عليه الغرق، أو يخاف عليه النهب أو الحريق، ولا يقرضه فى غير ذلك، وإنما يودعه، فما الفرق بينه وبين المفلس؟

قلنا: الفرق بينهما: أن مال الصبى معد لمصلحة تظهر من شراء عقار أو تجارة، وقرضه يتعذر معه المبادرة إلى ذلك، ومال المفلس معد للغرماء خاصة، فافترقا.

(فرع): وإذا باع الحاكم مال المفلس، وانصرم البيع بالتفرق وانقضاء الخيار، ثم جاء رجل إلى الحاكم، وزاده فى الثمن - استحب للحاكم أن يسأل المشترى الإقالة؛ ليطلب الفضل، فإن أقاله المشترى باع الحاكم من الطالب بالزيادة، وإن لم يفعل لم يجبر على ذلك؛ لأن البيع قد لزم.

(فرع): وإن نصب الحاكم أمينًا لبيع مال المفلس، وقبض ثمنه، فباع شيئًا من مال المفلس، وقبض ثمنه، ثم تلف فى يده من غير تفريط، تلف من ضمان المفلس؛ لأن العدل أمين له.

وإن باع العدل شيئًا من مال المفلس، وقبض ثمنه، ثم أتى رجل ادعى على المشترى أن العين التى اشتراها ملكه، وأقام بينة على ذلك، أخذها من يد المشترى - فإن كان الثمن باقيًا فى يد العدل، رجع به المشترى، وإن كان المال قد تلف فى يد العدل من غير تفريط، رجع المشترى بالعهدة فى مال المفلس، ووافقنا أبو حنيفة فى هذا، وخالفنا فى العدل إذا تلف الرهن فى يده، وفى الوكيل والوصى إذا تلف المال فى أيديهم بغير تفريط: أن الضمان يجب عليهم؛ فنقيس تلك المسائل على هذه، ونقول: لأنه باع مال الغير، فإذا تلف فى يده من غير تفريط لم يضمن قياسًا على أمين الحاكم فى مال المفلس.

وهل يقدم المشترى على سائر الغرماء أو يكون أسوتهم؟ نقل المزنى: أنه يقدم

عليهم، ونقل الربيع: أنه يكون أسوة لهم، واختلف أصحابنا فيه على طريقين: -

فمنهم من قال: فى المسألة قولان:

أحدهما: أنه يقدم عليهم؛ لأن فى ذلك مصلحة لمال المفلس؛ لأن المشترين إذا علموا أنهم يقدمون بالثمن إذا اسْتُحِقَّ ما اشتروه رغبوا فى الشراء فيكثر المشترون، وزادت الأثمان، وإذا علموا أنهم لا يُقَدَّمُونَ تَجنَّبُوا الشراء؛ خوفًا من الاستحقاق؛ فتقل الأثمان.

والثانى: لا يقدم، بل يكون أسوة الغرماء؛ لأنه حق تعلق بذمة المفلس بغير اختيار من له الحق؛ فكان أسوة الغرماء، كما لو جنى على رجل.

ومنهم من قال: هى على حالين، فالموضع الذى قال: «يقدم على الغرماء»، أراد به: إذا لم يكن الغرماء اقتسموا المال، والموضع الذى قال: «يكون أسوتهم» أراد به: إذا كان بعد القسمة فى حجر ثان: مثل أن يقسم المال بين الغرماء، ثم استحق شىء من أعيان ماله، ثم حجر عليه ثانيًا؛ فإن المشترى يكون أسوة الغرماء؛ لأن حقه ثبت فى ذمته قبل الحجر كسائر الغرماء. هكذا ذكر الشيخ أبو حامد هذا التفصيل على هذا الطريق.

وأما المصنف فقال: إن لم ينفك عنه الحجر قدم؛ لأن فيه مصلحة له، وإن فك عنه الحجر كان كسائر الغرماء، ولم يذكر الحجر الثانى.

إذا ثبت هذا: فإن على الحاكم أن يراعى عدة أمور هى:

أولا: مطالبة كل غريم بإثبات دينه: إما ببينة أو وثيقة حق أو إقرار من المدين، والوثيقةُ والإقرار كلاهما مثبت للحق قل أو كثر، وكذلك البينة فى نظر الشريعة الإسلامية، غير أن المحاكم الأهلية لا تكتفى بالبينة فيما زاد على عشرة جنيهات، ونحن لا نكاد نشعر بالفرق بين هذا وما زاد عليه، ما دامت البينة تعتمد الحق فيما تشهد عليه وبه.

ثانيا: الإعذار للمدين فى بينة كل غريم، فيعطيه الحاكم مهلة إن طعن فيها وكان له وجه، وإلا فلا يعذر.

ثالثًا: الإعذار لكل غريم فى بينة صاحبه؛ فإن لكل واحد من الغرماء أن يطعن فى بينة الآخر؛ لأنها تدخل عليه نقصًا فيما يأخذه وفاء لدينه.

رابعا: تحليف كل واحد من الغرماء بأن دينه لا يزال باقيًا فى ذمة المدين لم يأخذه

منه ولم يسقطه عنه.

ويستحب للحاكم أن يبادر ببيع ماله على البت ويقسم الثمن بين الغرماء؛ حتى لا يطول الحجر على المدين، ولا يكون ذلك داعيًا له بالاستعجال؛ فإنه مظنة بيعه بثمن بخس.

ذلك مذهب أصحابنا الشافعية والحنابلة وأبى يوسف ومحمد.

وقال المالكية: لا يبيع الحاكم على البت، وإنما على الخيار ثلاثة أيام. ووجهتهم: أن البيع على الخيار إنما هو من أجل الاستقصاء فى ثمن المبيع، وفيه مصلحة الغرماء ومصلحة المدين معًا؛ فإن الثمن قد يزيد فى مدة الخيار؛ فيستفيد الغرماء بأخذهم أكبر قسط من ديونهم، والمدين يستفيد براءة ذمته ورفع الحجر عنه إن وفيت ديون الغرماء، وإلا بقيت ذمته مشغولة بأقل ما يمكن.

وقال غيرهم: البيع على الخيار لا يحقق المصلحة؛ فإن من علم أنه إنما يشترى على الخيار لا على البت فقد لا يُقْدِمُ على الشراء؛ فيضطر الحاكم إلى البيع بثمن بخس[1].

قال المصنف - رحمه الله تعالى -:

(فصل) وإن كان فى الغرماء من باع منه شيئًا قبل الإفلاس، ولم يأخذ من ثمنه شيئًا، ووجد عين ماله على صفته، ولم يتعلق به حق غيره، فهو بالخيار: بين أن يترك ويضرب مع الغرماء بالثمن، وبين أن يفسخ البيع ويرجع فى عين ماله، لما روى أبو هريرة - رضى الله عنه - أن النبى ﷺ قال: «من باع سلعةً، ثم أفلس صاحبها، فوجدها بعينها؛ فهو أحق بها من الغرماء» وهل يفتقر الفسخ إلى إذن الحاكم؟ فيه وجهان.

قال أبو إسحاق: لا يفسخ إلا بإذن الحاكم؛ لأنه مختلف فيه، فلم يصح بغير الحاكم؛ كفسخ النكاح بالإعسار بالنفقة.

وقال أبو القاسم الداركى: لا يفتقر إلى الحاكم؛ لأنه فسخ ثبت بنص السنة، فلم يفتقر إلى الحاكم، كفسخ النكاح بالعتق تحت العبد، فإن حكم حاكم بالمنع من الفسخ، فقد قال أبو سعيد الإصطخرى: ينقض حكمه؛ لأنه حكم مخالف لنص

---

(١) ينظر نظام الحجر فى الشريعة لسليمان عثمان .

السنة، ويحتمل ألا ينقض؛ لأنه مختلف فيه، فلم ينقض.

وهل يكون الفسخ على الفور، أو على التراخى؟ فيه وجهان:

أحدهما: أنه على التراخى؛ لأنه خيار لا يسقط إلى بدل، فكان على التراخى؛ كخيار الرجوع فى الهبة.

والثانى: أنه على الفور؛ لأنه خيار ثبت لنقص فى العوض؛ فكان على الفور؛ كخيار الرد بالعيب.

وهل يصح الفسخ بالوطء فى الجارية؟ فيه وجهان:

أحدهما: يصح؛ كما يصح الفسخ بالوطء فى خيار الشرط.

والثانى: أنه لا يصح؛ لأنه ملك مستقر؛ فلا يجوز رفعه بالوطء.

وإن قال الغرماء: نحن نعطيك الثمن، ولا نفسخ؛ لم يسقط حقه من الفسخ؛ لأنه ثبت له حق الفسخ، فلم يسقط ببدل العوض؛ كالمشترى إذا وجد بالسلعة عيبًا، وبذل له البائع الأرش.

(الشرح) حديث أبى هريرة: «من باع سلعة ثم أفلس...»، أخرجه مالك[1]، والبخارى[2]، ومسلم[3]، وأبو داود[4]، والترمذى[5]، والنسائى[6]، وابن ماجه[7]، وأحمد[8]، والدارمى[9]، والدارقطنى[10]، وابن الجارود فى المنتقى[11]، والبيهقى[12]، وأبو نعيم فى الحلية[13]، والبغوى

---

(١) ٢/ ٦٧٨ كتاب البيوع باب ما جاء فى إفلاس الغريم (٨٨).
(٢) ٥/ ٦٢ كتاب الاستقراض باب إذا وجد ماله عند مفلس (٢٤٠٢).
(٣) ٣/ ١١٩٣ كتاب المساقاة باب من أدرك ما باعه عند المشترى (٢٢/ ١٥٥٩).
(٤) ٣/ ٧٨٩ كتاب البيوع باب الرجل يفلس فيجد الرجل متاعه بعينه (٣٥١٩).
(٥) ٣/ ٥٦٢ - ٥٦٣ كتاب البيوع باب ما جاء إذا أفلس للرجل غريمه (١٢٦٢).
(٦) ٧/ ٣١١ - ٣١٢ كتاب البيوع باب الرجل يبتاع البيع فيفلس.
(٧) ٢/ ٧٩٠ كتاب الأحكام باب من وجد متاعه بعينه (٢٣٦٠).
(٨) (٢/ ٢٥٨).
(٩) ٢/ ٢٦٢ كتاب البيوع باب فيمن وجد متاعه عند المفلس.
(١٠) ٣/ ٢٩ كتاب البيوع (١٠٧).
(١١) (٦٣٠).
(١٢) ٦/ ٤٤ كتاب التفليس باب المشترى يفلس بالثمن.
(١٣) (٥/ ٣٦١).

فى شرح السنة[١]، من طريق يحيى بن سعيد عن أبى بكر بن محمد بن عمرو بن حزم؛ أنه سمع عمر بن عبدالعزيز يحدث أنه سمع أبا بكر بن عبد الرحمن بن الحارث بن هشام يحدث؛ أنه سمع أبا هريرة يقول: قال رسول الله ﷺ: «أيما رجل أفلس فأدرك الرجل ماله بعينه فهو أحق به من غيره».

قال الترمذى: حديث حسن صحيح.

وقال أبو نعيم: صحيح ثابت متفق عليه.

وأخرجه مسلم[٢]، والطيالسى[٣]، وأحمد[٤]، والطحاوى فى شرح معانى الآثار[٥]، والبيهقى[٦]، من طريق النضر بن أنس عن بشير بن نهيك عن أبى هريرة به (إذا أفلس الرجل فوجد الرجل متاعه بعينه فهو أحق به).

وأخرجه مسلم[٧]، والبيهقى[٨]، من طريق خيثم بن عراك عن أبيه عن أبى هريرة.

وأخرجه أبو داود[٩]، وابن ماجه[١٠]، والطيالسى[١١]، والشافعى[١٢]، وابن الجارود[١٣]، والحاكم[١٤]، والبيهقى[١٥]، كلهم من طريق ابن أبى ذئب قال: ثنى أبو المعتمر بن عمرو عن ابن خلدة الزرقى قال: جئنا أبا هريرة رضى الله عنه فى صاحب لنا أفلس فقال: هذا الذى قضى فيه رسول الله ﷺ: «أيما رجل مات

---

(١) (٤/٣٣٩ - بتحقيقنا).
(٢) ٣/١١٩٤ كتاب المساقاة باب من أدرك ما باعه عند المشترى (١٥٥٩/٢٤).
(٣) (١/ ٢٧٥ - منحة) رقم (١٣٨٦).
(٤) (٢/٤١٠).
(٥) (٤/١٦٤).
(٦) ٦/٤٦ كتاب التفليس باب المشترى يفلس بالثمن.
(٧) ٣/١١٩٤ كتاب المساقاة باب من أدرك ما باعه عند المشترى (١٥٥٩/٢٥).
(٨) ٦/٤٦ كتاب التفليس باب المشترى يفلس بالثمن.
(٩) ٣/٧٩٣ كتاب البيوع باب فى الرجل يفلس (٣٥٢٣).
(١٠) ٢/ ٧٩٠ كتاب الأحكام باب من وجد متاعه بعينه (٢٣٦٠).
(١١) ١/ ٢٧٤ (١٣٨٥).
(١٢) ٢/ ١٦٣ كتاب التفليس (٥٦٤).
(١٣) رقم (٦٣٤).
(١٤) (٢/ ٥٠ - ٥١).
(١٥) ٦/٤٦ كتاب التفليس باب المشترى يموت مفلسًا بالثمن.

أو أفلس فصاحب المتاع أحق بمتاعه إذا وجده بعينه».

وقال الحاكم: صحيح الإسناد ولم يخرجاه بهذه اللفظة ووافقه الذهبى.

وأخرجه أبو داود[١]، وابن الجارود[٢]، والدارقطنى[٣]، والبيهقى[٤]، كلهم من طريق إسماعيل بن عياش عن الزبيدى عن الزهرى عن أبى بكر بن عبد الرحمن عن أبى هريرة عن النبى ﷺ قال: «أيما امرئ هلك وعنده مال امرئ بعينه اقتضى منه شيئا أو لم يقتض فهو أسوة الغرماء». وأخرجه ابن ماجه[٥]، وابن الجارود[٦]، والدارقطنى[٧]، والبيهقى[٨]، من طريق إسماعيل عن موسى بن عقبة عن الزهرى عن أبى بكر بن عبد الرحمن بن الحارث بن هشام عن أبى هريرة، أن النبى ﷺ قال: «أيما رجل باع سلعة فأدرك سلعته بعينها عند رجل وقد أفلس، ولم يكن قبض من ثمنها شيئا، فهى له وإن كان قبض من ثمنها شيئا فهو أسوة للغرماء».

وأخرجه ابن ماجه[٩]، والدارقطنى[١٠]، والبيهقى[١١]، من طريق اليمان بن عدى: ثنى الزبيدى محمد بن عبد الرحمن عن الزهرى عن أبى سلمة عن أبى هريرة قال: قال رسول الله ﷺ: «أيما امرئ مات وعنده مال امرئ بعينه اقتضى منه شيئا أو لم يقتض فهو أسوة للغرماء».

وقد روى هذا الحديث مرسلا أيضا: أخرجه مالك[١٢]، وأبو داود[١٣]، عن الزهرى عن أبى بكر بن عبد الرحمن بن الحارث بن هشام؛ أن رسول الله ﷺ قال:

---

(١) ٣/ ٧٩١ كتاب البيوع باب الرجل يفلس فيجد متاعه بعينه (٣٥٢٢).
(٢) (٦٣٢).
(٣) ٣/ ٣٠ كتاب البيوع (١١٠).
(٤) (٦/ ٤٦) كتاب التفليس باب المشترى يموت مفلسًا.
(٥) (٢/ ٧٩٠) كتاب الأحكام باب من وجد متاعه بعينه (٢٣٥٩).
(٦) (٦٣١).
(٧) ٣/ ٢٩ - ٣٠ كتاب البيوع (١٠٩).
(٨) ٦/ ٤٧ كتاب التفليس باب المشترى يموت مفلسًا بالثمن.
(٩) ٢/ ٧٩١ كتاب الأحكام باب من وجد متاعه (٢٣٦١).
(١٠) ٣/ ٣٠ كتاب البيوع (١١١).
(١١) ٦/ ٤٨ كتاب التفليس باب المشترى يموت مفلسا بالثمن.
(١٢) ٢/ ٦٧٨ كتاب البيوع باب فى إفلاس الغريم.
(١٣) ٣/ ٧٩١ كتاب البيوع باب الرجل يفلس (٣٥٢٠).

«أيما رجل باع متاعا فأفلس الذى ابتاعه ولم يقبض الذى باعه من ثمنه شيئا، فوجد متاعه بعينه، فهو أحق به، وإن مات المشترى فصاحب المتاع أسوة الغرماء».

وفى الباب عن سمرة بن جندب وعبد الله بن عمر:

أما حديث سمرة:

فأخرجه أحمد[١]، ثنا قتادة عن الحسن عن سمرة عن النبى ﷺ قال: «من وجد متاعه عند مفلس بعينه».

وأما حديث عبد الله بن عمر:

فأخرجه البزار[٢]، وابن حبان[٣]، من طريق الحسن بن محمد بن أعين: ثنا فليح ابن سليمان عن نافع عن ابن عمر؛ أن رسول الله ﷺ قال: «إذا أفلس الرجل فوجد رجل ماله بعينه فهو أحق به». واللفظ للبزار.

ولفظ ابن حبان: «إذا عدم الرجل فوجد البائع متاعه بعينه فهو أحق به».

قال الهيثمى فى المجمع[٤]: رواه البزار، ورجاله رجال الصحيح. اهـ.

وصححه ابن حبان.

الأحكام: إن كان فى الغرماء من باع شيئًا من المفلس قبل الإفلاس، ولم يقبض الثمن، ووجد عين ماله على صفته خاليًا عن حق غيره - فالبائع بالخيار بين أن يضرب مع الغرماء بالثمن وبين أن يرجع فى عين ماله؛ لما روى عمرو بن خلدة الزرقى - قاضى المدينة - قال: أتينا أبا هريرة فى صاحب لنا أفلس، فقال: هذا الذى قضى فيه رسول الله ﷺ: «أَيُّمَا رَجُلٍ مَاتَ أَوْ أَفْلَسَ فَصَاحِبُ الْمَتَاعِ أَحَقُّ بِمَتَاعِهِ إِذَا وَجَدَهُ بِعَيْنِهِ».

وفى رواية أبى بكر بن عبد الرحمن بن الحارث بن هشام عن أبى هريرة أن النبى - عليه السلام - قال: «أَيُّمَا رَجُلٍ بَاعَ مَتَاعًا عَلَى رَجُلٍ، ثُمَّ أَفْلَسَ الْمُبْتَاعَ، ثُمَّ وَجَدَ الْبَائِعُ مَتَاعَهُ بِعَيْنِهِ - فَصَاحِبُ الْمَتَاعِ أَحَقُّ بِهِ دُونَ الْغُرَمَاءِ».

ولأنه نوع معاوضة يلحقه الفسخ ينقل حق المعاوض من عين إلى ذمة؛ فجاز له

---

(١) (٥/ ١٠) .
(٢) (٢/ ١٠٠ - ١٠١ - كشف) رقم (١٣٠١) .
(٣) (١١٦٥ - موارد) .
(٤) (٤/ ١٤٧) .

الرجوع إلى العين عند خراب الذمة؛ كالمكاتب إذا عجز عن المال.

ولأن المفلس قد عجز عن تسليم أحد بدلى العقد، وهو الثمن؛ فيثبت للبائع حق الفسخ، كما لو عجز البائع عن تسليم المبيع - لإباق مثلًا - يثبت للمشترى حق الفسخ؛ فالعقد اقتضى تمليكًا وتملكًا لكل منهما، وكان للمشترى حق الفسخ متى عجز البائع عن التسليم؛ فكان للبائع هذا الحق إذا عجز المشترى عن تسليم الثمن من غير فرق.

وقد ذهب إلى هذا من الصحابة: عثمان وعلى و أبو هريرة، ولا يعرف لهم مخالف فى الصحابة. ومن التابعين: عروة بن الزبير كما ذهب إليه - أيضًا - الحنابلة والمالكية، واستدل المالكية له:

١ - بما رواه مالك عن ابن شهاب عن أبى بكر بن عبد الرحمن بن الحارث بن هشام أن رسول الله ﷺ قال: «أيما رجل باع متاعًا، فأفلس الذى ابتاعه منه، ولم يقبض الذى باع من ثمنه شيئًا، فوجده بعينه - فهو أحق به، وإن مات الذى ابتاعه فصاحب المتاع فيه أسوة الغرماء».

والحديث ظاهر فى أنه أحق بعين ماله فى الفلس، وأنه فى الموت أسوة الغرماء.

٢ - ما روى عن أبى هريرة - رضى الله عنه - قال: سمعنا رسول الله ﷺ يقول: «مَنْ أَدْرَكَ مَالَهُ بِعَيْنِهِ عِنْدَ رَجُلٍ قد أَفْلَسَ فَهُوَ أَحَقُّ بِهِ مِنْ غَيْرِهِ».

٣ - وعنه - أيضًا - أن الرسول ﷺ قال: «أيما رجل أفلس، فأدرك الرجل ماله بعينه فهو أحق به من الغرماء».

أما الحنفية فقد ذهبوا إلى أنه ليس لصاحب المبيع الرجوع فيه؛ وإنما هو أسوة الغرماء، وأجابوا عن الأحاديث الثلاثة التى استدل بها المالكية بأنها روايات آحاد، وهى لا تقوى على معارضة الأصول الثابتة؛ فإنها ظنية الثبوت مع احتمال ظنية الدلالة - أيضًا - فاجتمع فيها ضعفان.

أما الأصول الثابتة فهى قطعية الثبوت؛ فالظنية فى الدلالة - إن كانت - لا تجعلها مساوية لما اجتمع فيه ضعفان، ولا يعارض الأضعف الأقوى.

ويمكن رد هذه المناقشة:

١ - بأن هذه الأحاديث مشهورة؛ فإنها قد رواها على وعثمان والحسن عن سمرة، ورواها البخارى ومسلم، وتلقتها الأمة بالقبول، وليس المشهور إلا هذا.

واستدل الحنفية لمذهبهم بأدلة لا تخلو عن النقاش، ونوضح ذلك فيما يلى:

استدلوا - أولًا -: بقوله تعالى: ﴿وَإِن كَانَ ذُو عُسْرَةٍ فَنَظِرَةٌ إِلَىٰ مَيْسَرَةٍ﴾ [البقرة: ٢٨٠].

ووجه الدلالة: أن هذا المدين معسر؛ فاستحق النظرة إلى ميسرة، فلا حق لرب الدين فى مطالبته قبل اليسار، فليس له حق الفسخ؛ لأن الدين صار مؤجلًا إلى الميسرة بتأجيل الشارع، وأجل قد حدده الله بالميسرة لم يكن للعبد نقضه.

وقد يناقش هذا الدليل: بأن الآية فى مدين معسر لم يجد الدائن ما يكون وفاء لدينه عنده، أمَا وقد وجد عين ماله فله أخذه، وليس المدين معسرًا حينئذ يجب إمهاله؛ فإن المبيع قائم. وقولهم: إن الدين صار مؤجلًا - غير صحيح؛ فإنهما لم يدخلا على التأجيل، والمدين الذى يجب إمهاله هو المعسر، وهذا ليس بمعسر.

ثانيا: ما رواه الخصاف أن النبى ﷺ قال: «أيما رجل أفلس فوجد رجل عنده متاعه، فهو أسوة الغرماء فيه»[1].

وهو صريح فى أنه أسوة الغرماء فى الفلس.

ثالثًا: ما رواه الزهرى عن أبى بكر بن عبد الرحمن عن أبى هريرة أن رسول الله ﷺ قال: «أيما رجل مات أو أفلس فوجد بعض غرمائه ماله بعينه، فهو أسوة الغرماء»[2].

وهو نص فى أنه أسوة الغرماء فى الفلس والموت.

وأجيب عن ذلك بأن هذا الحديث روى من طريقين:

الأول: طريق أبى عصمة نوح بن مريم قاضى مرو، وأبو عصمة كذاب مشهور بوضع الأحاديث.

الثانى: طريق صدقة بن خالد عن عمر بن قيس، وعمر هذا ضعيف جدًا، وبمثله لا تقوم حجة[3].

رابعا: واستدلوا بالقياس من وجهين:

الأول: قالوا: للبائع حق إمساك السلعة إلى أن يقبض الثمن؛ فتسليمه السلعة دليل

---

(١) ينظر ما تقدم، وينظر العناية ٨/ ٢١٠ .

(٢) تقدم، وينظر بداية المجتهد ٢/ ٢٤١ .

(٣) ينظر المحلى ٨/ ١٧٨ .

إسقاط حقه من الإمساك؛ فليس له أن يرجع في ذلك بالتفليس؛ كالمرتهن إذا سلم الرهن إلى الراهن قبل أن يقبض الدين منه، فكما سقط حق المرتهن سقط حق البائع؛ بجامع أن كلا منهما أسقط حقًا كان له من الإمساك.

«والجواب»: أن هذا قياس مع الفارق؛ فإن إمساك المرتهن إمساك على سبيل التوثق، وليس الرهن بدلًا، فإذا صح أنه إسقاط في الرهن فلم يصح في البيع؛ ضرورة أن الثمن بدل عن العين، فإذا تعذر استيفاء الثمن كان أحق بالسلعة، ولا يقاس ما هو بدل على ما هو غير بدل[١].

الثاني: أن الإفلاس يوجب العجز عن تسليم العين وهو غير مستحق بالعقد فلا يثبت حق الفسخ باعتباره؛ فإن العجز عن غير مقتضى العقد لا يوجب الفسخ؛ فصار المشتري كالمليء لا يفسخ عقده. وتوضيح ذلك: أن موجب العقد ملك الثمن، وهو تَمَلُّك به دينًا في الذمة، والدين باق ببقاء محله، والذمة بعد الإفلاس باقية كما كانت بدون فرق بين المفلس والمليء.

«والجواب»: أن هذا قياس في مقابلة النص؛ فهو باطل. ولو سلم أنه ليس مقابلًا للنص، فإن مقتضى الاستدلال يقتضي فسخ العقد في الموت واختصاص الدائن بسلعته؛ لأن موجب العقد وهو الدين قد زال بزوال محله وهو الذمة؛ لأنها قد زالت بالموت وهم لا يقولون بذلك[٢].

(فرع): وإن كان ماله يفي بدينه، ولكن ظهرت فيه أمارة الفلس، وقلنا: يجوز الحجر عليه، فحجر عليه - فهل يجوز لمن باع منه شيئًا، ولم يقبض ثمنه، ووجد عين ماله أن يرجع إلى عين ماله؟ فيه وجهان حكاهما الشيخ أبو حامد:

أحدهما: له أن يرجع إلى عين ماله؛ لقوله ﷺ: «أيما رجل باع متاعًا على رجل، ثم أفلس المبتاع، ووجد البائع ماله بعينه - فهو أحق به من سائر الغرماء»، وهذا قد أفلس، ولأنه محجور عليه بحق الغرماء؛ فجاز لمن وجد عين ماله الرجوع عليه، كما لو كان ماله أقل من دينه.

والثاني: ليس له الرجوع إلى عين ماله؛ لأنا إنما نجعل للبائع الرجوع إلى عين

---

(١) ينظر المغني ٤/ ٤٥٧ .

(٢) ينظر نظام الحجر في الشريعة لسليمان عثمان .

ماله فى المواضع التى لا يتمكن من الوصول إلى كمال حقه فيها، وهذا يتمكن من أخذ جميع ماله؛ فلم يكن له الرجوع إلى عين ماله.

(فرع): وهل يصح فسخ البائع من غير إذن الحاكم؟ فيه وجهان:

الأول: قال أبو إسحاق: لا يصح إلا بإذن الحاكم؛ لأنه فسخ مختلف فيه؛ فلم يصح إلا بالحاكم كفسخ النكاح بالإعسار بالنفقة.

والثانى: يصح بغير إذن الحاكم؛ لأنه فسخ ثبت بنص السنة فهو كفسخ نكاح المعتقة تحت عبد. فإن حكم حاكم بالمنع من الفسخ ففيه وجهان:

أحدهما: يصح حكمه؛ لأنه مختلف فيه.

والثانى: لا يصح؛ لأنه حكم مخالف لنص السنة.

وهل يشترط أن يكون الفسخ على الفور، أو يجوز على التراخى؟ فيه وجهان:

أحدهما: يجوز على التراخى؛ لأنه خيار لا يسقط إلى بدل فجاز على التراخى؛ كرجوع الأب فيما وهب لابنه، وفيه احتراز من الرد بالعيب؛ لأنه قد يسقط إلى بدل وهو الأرش.

والثانى: يشترط أن يكون على الفور؛ لأنه خيار لنقص فى العوض؛ فكان على الفور كالرد بالعيب، وفيه احتراز من رجوع الأب فى هبته لابنه.

(فرع): إذا رهن البائع المبيع فى يد المفلس عند ثبوت الرجوع له، فهل يجعل رهنه فسخًا للبيع؟ فيه وجهان حكاهما ابن الصباغ فى الرهن.

وإن وطئ البائع الجارية المبيعة فهل يُجْعَل وطؤه فسخًا للبيع؟ فيه وجهان:

أحدهما: يكون فسخًا؛ كما لو باع جارية ثم وطئها فى مدة الخيار.

والثانى: لا يكون فسخًا؛ لأن الملك مستقر للمشترى فلا يجوز رفعه إلا بالقول.

(فرع): إذا بذل الغرماء للبائع جميع ثمن المبيع على ألا يرجع بالعين المبيعة، لم يجبر على ذلك، وجاز له الرجوع إلى عين ماله؛ لقوله ﷺ: «مَنْ أَدْرَكَ مَالَهُ بِعَيْنِهِ عِنْدَ إِنْسَانٍ قَدْ أَفْلَسَ فَهُوَ أَحَقُّ بِهِ»[1].

ووجه الدلالة: أن الرسول ﷺ جعل له ذلك مرتبًا على إفلاس المدين؛ فكان أحق به، ومتى كان أحق به فهو لا يُلْزَمُ بقبول الثمن من الغرماء. ولأن دفع الغرماء

---

(١) تقدم.

الثمن محض تبرع بدفع الحق وهم غير ملزمين به، وتبرع من جانب لا يكون ملزمًا للجانب الآخر، وما مثل ذلك إلا مثل الزوج يعسر بالنفقة على زوجته فيتبرع بها غيره؛ فهى لا تلزم بقبولها[1].

أما المالكية: فقد ذهبوا إلى أن الغريم أحق بسلعته ما لم يتحمل الغرماء له الثمن، فإن تحملوه لم يكن له حق الرجوع؛ لأن المدين إنما كان أحق بالسلعة؛ لأجل الضرر الذى يلحقه بسبب النقص فى الثمن، فإذا هو حصل عليه من الغرماء فقد زال الضرر؛ فلم يكن له حق الرجوع، وقد رضى بادئ ذى بدء أن يكون الثمن بدل السلعة.

وأجابوا على قياس الإفلاس على إعسار الزوج بالنفقة: بأنه قياس مع الفارق؛ فإنهم إذا دفعوا الثمن ملكوا السلعة، ولا كذلك النفقة للزوجة، وكون التبرع غير ملزم للزوجة لا يقتضى أن يكون غير ملزم للغريم.

والحقيقة أن النظر لصالح الغرماء جميعًا يرجح مذهب المالكية؛ فإنه يجعلهم جميعًا سواسية إذا دفعوا الثمن، أما إذا لم يدفعوه له فقد رضوا هم له ولأنفسهم بذلك، ولاسيما أن هذا الغريم الذى وجد عين سلعته قد رضى بالبدل وهو الثمن من أول أمره؛ فكان لنا أن نحمل الحديث على حالة عدم دفع الغرماء الثمن له.

قال المصنف - رحمه الله تعالى -:

(فصل) وإن كان قد باعه بعد الإفلاس، ففيه وجهان:

أحدهما: أن له أن يفسخ؛ لأنه باعه قبل وقت الفسخ، فلم يسقط حقه من الفسخ؛ كما لو تزوجت امرأة بفقير، ثم أعسر بالنفقة.

والثانى: أنه ليس له أن يفسخ؛ لأنه باعه مع العلم بخراب ذمته، فسقط خياره، كما لو اشترى سلعةً مع العلم بعيبها.

(فصل) وإن وجد المبيع، وقد قبض من الثمن بعضه، رجع بحصة ما بقى من الثمن؛ لأنه إذا رجع بالجميع، إذا لم يقبض جميع الثمن - رجع فى بعضه، إذا لم يقبض بعض الثمن.

وإن كان المبيع عبدين متساويى القيمة، وباعهما بمائة، وقبض من الثمن

---

(١) ينظر المغنى ٣٥٨/٤ .

خمسين، ثم مات أحد العبدين، وأفلس المشترى؛ فالمنصوص (فى التفليس): أنه يأخذ (الباقى) بما بقى من الثمن؛ ونص (فى الصداق) إذا أصدقها عبدين، فتلف أحدهما، ثم طلقها قبل الدخول على قولين:

أحدهما: أنه يأخذ الموجود بنصف الصداق، مثل قوله (فى التفليس).

والثانى: أنه يأخذ نصف الموجود، ونصف قيمة التالف.

فمن أصحابنا من نقل هذا القول إلى البيع، وقال: فيه قولان:

أحدهما: أنه يأخذ نصف الموجود، ويضرب مع الغرماء بنصف ثمن التالف، وهو اختيار المزنى - رحمه الله - ؛ لأن البائع قبض الخمسين من ثمنهما، وما قبض من ثمنه لا يرجع به.

والثانى: أنه يأخذ الموجود بما بقى؛ لأن ما أخذ جميعه لدفع الضرر، إذا كان باقيًا، أخذ الباقى، إذا هلك بعضه؛ كالشقص فى الشفعة.

ومن أصحابنا من قال: يأخذ البائع الموجود، بما بقى من الثمن قولًا واحدًا و «فى الصداق» قولان.

والفرق بينهما أن البائع إذا رجع بنصف الموجود، ونصف بدل التالف؛ لم يصل إلى كمال حقه؛ لأن غريمه مفلس.

والزوج إذا رجع بنصف الموجود، ونصف قيمة التالف؛ وصل إلى جميع حقه؛ لأن الزوجة موسرة، فلم يجز له الرجوع بجميع الموجود بنصف المهر.

(الشرح) قوله: «رجع بحصة»: الحصة، بالكسر: النصيب من الطعام والشراب والأرض وغير ذلك، والجمع: حصص، وقال الراغب: الحصة: القطعة من الجملة وتستعمل استعمال النصيب[1].

الأحكام: وإن باعه بعد الإفلاس - وهو إذا اشترى عينًا بعد أن حجر عليه بثمن فى ذمته - فقد ذكرنا أن شراءه صحيح، وهل يثبت للبائع الرجوع إلى عين ماله؟ فيه وجهان:

أحدهما: لا يثبت له الرجوع إلى عين ماله؛ لأنه باعه مع العلم بخراب ذمته؛ فلم يثبت له الفسخ؛ كما لو اشترى سلعة معيبة مع العلم بعيبها.

---

(١) ينظر تاج العروس (١/ ٥٢١).

والثانى: يثبت له الفسخ؛ كما لو تزوجت امرأة بفقير مع العلم بحاله؛ فإن لها أن تفسخ النكاح إذا أعسر بالنفقة.

فصل: وإن باع من رجل عينًا بمائة أو عينين بمائة، فقبض البائع من الثمن خمسين، والعين المبيعة باقية أو العينان باقيتان، سواء كانت قيمتهما مختلفة أو متساوية - فهل للبائع أن يرجع من المبيع بقدر ما بقى من الثمن؟

حكى ابن الصباغ فيه قولين:

قال فى القديم: سقط حق البائع من الرجوع إلى العين، ويضرب مع الغرماء بالثمن.

وحكى الشيخ أبو حامد: أن هذا مذهب مالك - رحمه الله تعالى - ولم يحكه عن القديم.

وقال ابن الصباغ: مذهب مالك: إذا قبض شيئًا من الثمن والعين باقية، كان بالخيار بين أن يرد ما قبض من الثمن ويرجع فى العين المبيعة، وبين ألا يرجع فى العين ويضارب الغرماء فيما بقى.

ووجه القول القديم ما روى أبو بكر بن عبد الرحمن بن الحارث بن هشام أن النبى ﷺ قال: «أيما رجل باع بيعًا وأفلس المشترى: فإن كان البائع لم يقبض من ثمنه شيئًا فهو أحق به، وإن قبض من ثمنه شيئًا فهو أسوة الغرماء»[1]. ولأن فى رجوعه فى بعض العين تبعيضًا للصفقة على المشترى وإضرارًا به؛ فلم يكن ذلك للبائع.

وقال فى الجديد: يثبت له الرجوع بحصة ما بقى من الثمن - وهو الصحيح - لأنه سبب يرجع به العاقد إلى جميع العين؛ فجاز أن يرجع به إلى بعضها؛ كالفرقة قبل الدخول، وذلك أن الزوج يرجع تارة بجميع الصداق، وهو ما إذا ارتدت أو وجد أحدهما بالآخر عيبًا، وتارة بالنصف وهو إذا طلقها.

وأما الخبر الذى هو دليل القول القديم، فهو مرسل؛ لأن أبا بكر ليس بصحابى، وإن صح فمعنى قوله: «فهو أسوة الغرماء»: إذا رضى بذلك.

وإن باعه عبدين متساويى القيمة بمائة، فقبض البائع من الثمن خمسين، وتلف

---

(١) تقدم .

أحد العبدين، وأفلس المشترى -: فإن اختار البائع أن يضرب مع الغرماء بالثمن الذى بقى له فلا كلام، وإن اختار الرجوع إلى عين ماله على القول الجديد فبكم يرجع؟ قال الشافعى هنا: يرجع فى العبد الباقى بما بقى من الثمن. وقال فى الصداق إذا أصدقها عبدين فتلف أحدهما وطلقها قبل الدخول: إنها على قولين:

أحدهما: يأخذ نصف الموجود ونصف قيمة التالف.

والثانى: أنه بالخيار بين أن يأخذ نصف الموجود ونصف قيمة التالف، وبين أن يترك الموجود ويأخذ نصف قيمته.

وقال فى الزكاة: «إذا أصدقها خمسًا من الإبل، فحال عليها الحول، فباعت منها بقدر شاة وأخرجتها، ثم طلقها قبل الدخول - كان له أن يأخذ بعيرين ونصفا» فحصل فى الصداق ثلاثة أقوال:

أحدها: يأخذ نصف الصداق من الباقى، وهذا موافق لما قاله فى المفلس.

والثانى: يأخذ نصف الموجود ونصف قيمة التالف.

والثالث: أنه بالخيار بين أن يأخذ الموجود بنصف الصداق، وبين أن يترك الموجود ويأخذ نصف قيمته.

واختلف أصحابنا فى مسألة المفلس، فمنهم من قال: فى المفلس - أيضًا - قولان:

أحدهما: يأخذ الباقى من العبدين بما بقى له من الثمن، ويكون النصف الذى أخذ حصة التالف؛ لأنه إذا جاز للبائع أخذ جميع المبيع إذا وجده كله، جاز له أخذ بعضه إذا تعذر الكل؛ كما قلنا فى الشفيع.

والثانى: يأخذ نصف الموجود بنصف ما بقى له، ويضرب مع الغرماء بنصفه؛ لأنه إذا باع عبدين متساويى القيمة بمائة فقد باع كل واحد منهما بخمسين، فإذا قبض خمسين من مائة فقد قبض نصف ثمنهما؛ بدليل أنهما لو كانا قائمين لرجع فى نصفهما، فإذا تلف أحدهما رجع فى نصف الباقى بنصف ما بقى، وضرب مع الغرماء بحصة ما تلف من الذى لم يقبضه.

قال هذا القائل: ولا يجىء هاهنا القول الثالث فى الصداق، وهو أن يترك الموجود ويأخذ نصف قيمتهما؛ لأن ذمة الزوجة مليئة وذمة المفلس خربة؛ فلا يمكن ترك الشىء كله والرجوع إلى القيمة؛ لأنه لا يصل إليها.

ومن أصحابنا من حمل المسألتين على ظاهرهما فقال: فى الصداق ثلاثة أقوال، وفى المفلس يأخذ البائع العبد الباقى بما بقى له من الثمن قولًا واحدًا، والفرق بينهما: أنا إذا قلنا فى الصداق: يأخذ الزوج نصف الموجود ونصف قيمة التالف، فلا ضرر عليه؛ لأنه يصل إلى حقه؛ لأن ذمة الزوجة مليئة، وفى المفلس لو قلنا: يأخذ البائع نصف الباقى بنصف ما بقى له، ويضرب مع الغرماء بنصف ما بقى له - لم نأمن ألا يصل إلى كمال حقه؛ لأن ذمة المفلس خربة.

قال المصنف - رحمه الله تعالى -:

(فصل) وإن وجد البائع عين ماله، وهو رهن؛ لم يرجع به؛ لأن حق المرتهن سابق لحقه، فلم يملك إسقاطه بحقه.

فإن أمكن أن يقضى حق المرتهن ببيع بعضه، بيع منه بقدر حقه، ويرجع البائع بالباقى؛ لأن المنع كان لحقِّ المرتهن، وقد زال.

(فصل) وإن كان المبيع شقصًا، تثبت فيه الشفعة يقدم الشفيع، ففيه ثلاثة أوجه:

أحدها: أن الشفيع أحق؛ لأن حقه سابق، فإنه يثبت بالعقد، وحق البائع ثبت بالحجر، فقدم حق الشفيع.

والثانى: أن البائع أحق؛ لأنه إذا أخذ الشفيع الشقص؛ زال الضرر عنه وحده، وإذا أخذه البائع، زال الضرر عنهما؛ لأن البائع يرجع إلى عين ماله، والشفيع يتخلص من ضرر المشترى، فيزول الضرر عنهما.

والثالث: أنه يدفع الشقص إلى الشفيع، ويؤخذ منه ثمنه، ويدفع إلى البائع؛ لأن فى ذلك جمعًا بين الحقين، وإذا أمكن الجمع بين الحقين لم يجز إسقاط أحدهما.

(الشرح) **الأحكام**: إذا وجد البائع عين ماله مرهونة عند آخر، لم يكن له أن يرجع فيها؛ لأن المشترى قد عقد على ما اشتراه عقدًا منع نفسه من التصرف فيه؛ فلم يكن لبائعه الرجوع فيه؛ كما لو باعها المشترى أو وهبها.

إذا ثبت هذا: فإن حق المرتهن مقدم على حق البائع؛ لأنه أسبق: فإن كان الدين المرهون به مثل قيمة العين أو أكثر، بيعت العين فى حق المرتهن ولا كلام، وإن كان الدين المرهون به أقل من قيمة الرهن بيع من الرهن بقدر دين المرتهن، وكان للبائع أن يرجع فى الباقى منها؛ لأنه لا حق لأحد فيما بقى منها. وإن لم يمكن بيع بعض

الرهن بحق المرتهن إلا ببيع جميع الرهن، فبيع جميع الرهن، وقضى حق المرتهن من ثمن الرهن، وبقى من الثمن بعضه - فالذى يقتضى المذهب أن البائع لا يكون أحق بالباقى من الثمن، بل يصرف ذلك إلى جميع الغرماء؛ لأن حقه يختص بالعين دون ثمنها.

(فصل): إذا اشترى رجل شقصًا من دار أو أرض، فثبت فيه الشفعة، فأفلس المشترى، وحجر عليه قبل أن يأخذ الشفيع - فهل البائع أحق بالشقص أم الشفيع؟ فيه ثلاثة أوجه:

أحدها: أن الشفيع أحق، ويكون الثمن بين الغرماء؛ لأن حق الشفيع أسبق؛ لأن حقه يثبت بالبيع، وحق البائع يثبت بالحجر؛ فقدم السابق.

والثانى: أن البائع أحق بالشقص؛ لأنه إذا رجع فى الشقص زال الضرر عنه وعن الشفيع؛ لأنه عاد كما كان قبل البيع ولم تتجدد شركة غيره.

قال الشيخ أبو حامد: وهذا مدخول؛ لأن من باع شقصًا وثبتت فيه الشفعة، ثم استقاله البائع فأقاله قبل أن يأخذ الشفيع - فإن البائع عاد للشفيع شريكًا كما كان، ومع ذلك له الأخذ بالشفعة.

والوجه الثالث: أن الشفيع أولى بالشقص، ويؤخذ منه الثمن، ويسلم إلى البائع دون سائر الغرماء؛ لأن فى ذلك جمعا بين الحقين، وإزالة الضرر عنهما.

قال المصنف - رحمه الله تعالى -:

(فصل) وإن كان المبيع صيدًا، والبائع مُحرمٌ؛ لم يرجع فيه؛ لأنه تمليك صيد، فلم يجز مع الإحرام؛ كشراء الصيد.

(فصل) وإن وجد عين ماله، ودينه مؤجل، وقلنا: إن الدين المؤجل لا يحل؛ وديون الغرماء حالة، فالمنصوص: أنه يباع المبيع فى الديون الحالّة؛ لأنها حقوق حالّة؛ فقدمت على الدين المؤجل.

ومن أصحابنا من قال: لا يباع؛ بل يوقف إلى أن يحل، فيختار البائع الفسخ أو الترك، وإليه أشار (فى الإملاء)؛ لأن بالحجر تتعلق الديون بماله، فصار المبيع كالمرهون فى حقه بدين مؤجل، فلا يباع فى الديون الحالة.

(فصل) وإن وجد المبيع، وقد باعه المشترى، ورجع إليه؛ ففيه وجهان:

أحدهما: أن له أن يرجع فيه؛ لأنه وجد عين ماله خاليًا من حق غيره، فأشبه إذا

لم يبعه.

والثانى: لا يرجع؛ لأن هذا الملك لم ينتقل إليه منه؛ فلم يملك فسخه.

(الشرح) الأحكام: وإن باع صيدًا، فأحرم البائع وأفلس المشترى - لم يكن للبائع أن يرجع فى الصيد؛ كما لا يجوز أن يبتاعه.

(فصل): وإن اشترى رجل أعيانًا بأثمان مؤجلة، فحجر على المشترى بديون حالة عليه، وكانت الأعيان التى اشتراها بالمؤجل باقية فى يده، لم يتعلق بها حق غيره - فإن قلنا: إن الدين المؤجل لا يحل بالحجر، فما الحكم فى الأعيان التى اشتراها بالأثمان المؤجلة؟ فيه وجهان:

أحدهما: وهو المنصوص، ولم يذكر الشيخ أبو حامد غيره -: أنها تباع وتفرق أثمانها على أصحاب الديون؛ لأنها حقوق حالة فقدمت على الديون المؤجلة، وتبقى الديون المؤجلة فى ذمته إلى الأجل، فإذا أيسر طالبوه، وإلا كانت فى ذمته إلى أن يوسر.

الثانى: أنها لا تباع، بل توقف إلى أن تحل الديون المؤجلة، فيخير بائعوها بين فسخ البيع فيها أو الترك لأن بالحجر تعلقت الديون بماله؛ فصار المبيع كالمرهون فى حقه بدين مؤجل؛ فلم يبع فى الديون الحالة.

وأما إذا قلنا: إن الديون المؤجلة تحل بالحجر فما الحكم فى الأعيان المشتراة بها؟ فيه ثلاثة أوجه حكاها صاحب الفروع:

أحدها- وهو قول أبى إسحاق -: أن تلك الأعيان لا تباع فى حق أصحاب الديون المعجلة، ولا تسلم إلى بائعيها أيضًا، بل توقف فإذا قسم ماله فك عنه الحجر، إلا فى تلك الأعيان؛ فإن الحجر باق عليه فيها إلى أن يحل الأجل، فإن قضى أصحاب الديون المؤجلة حقوقهم وإلا أخذوها.

والوجه الثانى: أن أصحاب الديون المعجلة يضربون بديونهم مع أصحاب الديون المؤجلة، فما يخص أصحاب الديون المؤجلة من المال يعزل لهم، ويفك الحجر عن المفلس ويتصرف فيه وفى الأعيان المبيعة بالأثمان المؤجلة، فيتصرف فيها - أيضًا - إلى أن يحل الأجل، فإن قضاهم ديونهم وإلا أعيد عليه الحجر.

والثالث- وهو قول الشيخ أبى حامد -: أن أصحاب الديون المؤجلة يساوون أصحاب المعجلة؛ فمن كان له عين مال رجع فى عين ماله وأخذها، ومن لم يكن له

عين مال باقية ضارب الغرماء بحصته، فما حصَّه من المال أخذه وتصرف فيه؛ كما لو مات وعليه ديون مؤجلة.

فصل: وإن اشترى عينًا بثمن فى ذمته، فباعها من غيره أو وهبها له وأقبضها، ثم أفلس المشترى - لم يكن للبائع إلا الضرب مع الغرماء؛ لأنها خارجة عن ملك المشترى، فهو كما لو تلفت.

وإن رجعت إلى ملك المشترى بإرث أو هبة أو وصية فأفلس، فهل يرجع البائع بها؟ فيه وجهان:

أحدهما: لا يرجع؛ لأن هذا الملك انتقل إليه من غير البائع.

الثانى: للبائع أن يرجع فيها؛ لأنه وجد عين ماله خاليا عن حق غيره؛ فهو كما لو لم يخرج عن ملك المشترى.

فإذا قلنا بهذا الوجه، وكان المشترى قد اشتراها ممن هى فى يده بثمن فى ذمته، فأفلس بالثمنين وحجر عليه - فأى البائعين أحق بالعين؟ فيه ثلاثة أوجه، حكاها المسعودى:

أحدها: البائع الأول أحق بها؛ لأن حقه أسبق.

الثانى: البائع الثانى أحق بها؛ لأنه أقرب.

الثالث: أنهما سواء؛ لأنهما متساويان فى سبب الاستحقاق.

قال المصنف - رحمه الله تعالى -:

(فصل) وإن وجد المبيع ناقصًا؛ نظرت: فإن كان نقصان جزء ينقسم عليه الثمن؛ كعبدين تلف أحدهما، أو نخلة مثمرة تلفت ثمرتها، فالبائع بالخيار بين أن يضرب مع الغرماء بالثمن، وبين أن يفسخ البيع فيما بقى بحصته من الثمن، ويضرب مع الغرماء بثمن ما تلف؛ لأن البائع يستحق المبيع في يد المفلس بالثمن؛ كما يستحق المشترى المبيع فى يد البائع بالثمن، ثم المشترى إذا وجد أحد (العينين) فى يد البائع، والآخر هالكًا؛ كان بالخيار بين أن يترك الباقى، ويطالب بجميع الثمن، وبين أن يأخذ الموجود بثمنه، ويطالب بثمن التالف؛ فكذلك البائع.

وإن كان المبيع نخلًا، مع ثمرة مؤبرة، فهلكت الثمرة؛ قُوِّم النخل مع الثمرة، ثم يُقوَّم بلا ثمرة، ويرجع بما بينهما من الثمن، وتعتبر القيمة أقل ما كانت من حين العقد إلى حين القبض، فإن كانت قيمته وقت العقد أقل؛ قُوِّم وقت العقد؛ لأن

الزيادة حدثت في ملك المشترى، فلا تقوم عليه.

وإن كانت في وقت القبض أقل، قُوِّم في وقت القبض؛ لأن ما نقص لم يقبضه المشترى؛ فلم يضمنه، فإن كان نقصان جزء لا ينقسم عليه الثمن؛ كذهاب يد، وتأليف دار؛ نظرت: فإن لم يجب لها أرش، بأن أتلفها المشترى، أو ذهبت بآفة سماوية، فالبائع بالخيار بين أن يأخذه بالثمن، وبين أن يتركه، ويضرب بالثمن مع الغرماء؛ كما نقول فيمن اشترى عبدًا، فذهبت يده، أو دارًا فذهب تأليفها في يد البائع، فإن المشترى بالخيار بين أن يأخذه بالثمن، وبين أن يتركه ويرجع بالثمن.

فإن وجب لها أرش بأن أتلفها أجنبى، فالبائع بالخيار بين أن يترك، ويضرب مع الغرماء بالثمن، وبين أن يأخذ، ويضرب بما نقص من الثمن؛ لأن الأرش في مقابلة جزء كان البائع يستحقه؛ فاستحق ما يقابله، كما نقول فيمن اشترى عبدًا فقطع الأجنبى يده: أنه بالخيار بين أن يتركه ويرجع بالثمن، وبين أن يأخذه ويطالب الجانى بالأرش، غير أن المشترى يرجع على الجانى بقيمة اليد؛ لأنها تلفت في ملكه؛ فوجب له البدل، والبائع يرجع بحصة اليد من الثمن؛ لأنها تلفت في ملك المفلس؛ فوجب الأرش له، فيرجع البائع عليه بالحصة من الثمن؛ لأن المبيع مضمون على المفلس بالثمن.

فإن كان المبيع نخلًا، عليه طلع غير مؤبر، فهلكت الثمرة، ثم أفلس بالثمن؛ فرجع البائع في النخل؛ ففيه وجهان:

أحدهما: يأخذها بجميع الثمن؛ لأن الثمرة تابعة للأصل في البيع؛ فلم يقابلها قسط من الثمن.

والثانى: يأخذها بقسطها من الثمن، ويضرب بحصة الثمرة مع الغرماء؛ لأن الثمرة يجوز إفرادها بالبيع، فصارت مع النخل بمنزلة العينين.

(الشرح) قوله: «بقسطها» القسط: النصيب بالعدل، وهو المراد هنا، والقسط[١]- بالفتح - هو أن يأخذ قسط غيره، وهذا جور. والإقساط: أن يعطى قسط غيره، وذلك إنصاف؛ قال الراغب[٢]: ولذلك يقال: قسط الرجل: إذا جار.

---

(١) ينظر: عمدة الحفاظ ٣/ ٣٦٠ - ٣٦١ .

(٢) ينظر: مفردات القرآن ٤٠٣ .

وأقسط: إذا عدل، قال - تعالى -: ﴿وَأَمَّا ٱلْقَـٰسِطُونَ فَكَانُواْ لِجَهَنَّمَ حَطَبًا﴾ [الجن: ١٥]، وقال: ﴿وَأَقْسِطُوٓاْ إِنَّ ٱللَّهَ يُحِبُّ ٱلْمُقْسِطِينَ﴾ [الحجرات: ٩]. ويحكى أن الحجاج الخبيث قال لسعيد بن جبير فى حكاية طويلة: ما تقولُ فىَّ؟ فقال: أقول إنك قاسِطٌ عادلٌ. فأعجب الحاضرين، فقال الحجاجُ: ما أبلدَكُم! جلعنى كافرًا جائرًا، وتلا قوله: ﴿وَأَمَّا ٱلْقَـٰسِطُونَ فَكَانُواْ لِجَهَنَّمَ حَطَبًا﴾ [الجن: ١٥]، ﴿ثُمَّ ٱلَّذِينَ كَفَرُواْ بِرَبِّهِمْ يَعْدِلُونَ﴾ [الأنعام: ١].

الأحكام: هذا الذى ذكرناه إذا وجد البائع العين المبيعة بحالها لم تنقص ولم تزد، فأما إذا وجد العين المبيعة ناقصة فلا يخلو: إما أن يكون نقصان جزء ينقسم عليه الثمن، ويصح إفراده بالبيع، أو نقصان جزء لا ينقسم عليه الثمن ولا يصح إفراده بالبيع.

فإن كان نقصان جزء ينقسم عليه الثمن بأن باعه عبدين بثمن، فقبضهما المشترى، فتلف أحدهما وأفلس قبل أن يقبض البائع الثمن، أو كان ثوبًا فتلف بعضه، أو نخلة مثمرة مؤبرة فتلفت الثمرة قبل أن يقبض البائع الثمن - فالبائع بالخيار بين أن يترك ما بقى من المبيع ويضرب بجميع الثمن مع الغرماء، وبين أن يرجع فيما بقى من المبيع بحصته من الثمن، ويضرب مع الغرماء بحصة ما تلف من المبيع من الثمن، سواء تلف بآفة سماوية أو بفعل المشترى أو بفعل أجنبى، فالحكم واحد فى رجوع البائع، وإنما كان كذلك؛ لأن البائع يستحق المبيع فى يد المفلس بالثمن كما يستحق المشترى المبيع فى يد البائع بالثمن، ثم المشترى إذا وجد بعض المبيع كان له أن يأخذه بحصته من الثمن؛ فكذلك هذا مثله.

فإن كان المبيع ثوبين أو عبدين وتلف أحدهما، وأراد بسط الثمن عليهما قوم كل واحد منهما بانفراده، وقسم الثمن المسمى على قيمتهما فما: قابل التالف ضرب به مع الغرماء، وما قابل الباقى رجع فى الباقى منهما بما قابله.

وإن باعه نخلة عليها ثمرة مؤبرة، واشترط المشترى دخول الثمرة فى البيع، ثم أتلف المشترى الثمرة - أو تلفت فى يده - وأفلس، واختار البائع الرجوع فى النخلة - فإنه يرجع فيها بحصتها من الثمن، ويضرب مع الغرماء بما يقابل الثمرة من الثمن.

وحكى المحاملى عن بعض أصحابنا: أنه يرجع فى النخلة بحصتها من الثمن:

وذكر المصنف فى كيفية ذلك أن يقوم النخلة مع الثمرة ثم يقوم النخلة من غير ثمرة، ويرجع بما بينهما من الثمن.

وأما الشيخ أبو حامد وابن الصباغ فقد قالا: تقوم النخلة مفردة، فإن قيل: قيمتها تسعون، ثم تقوم الثمرة مفردة، فإن قيل: قيمتها عشرة - علمنا أن قيمة الثمرة العشرة؛ فيعلم أن الذى يقابل الثمرة عشر الثمن المسمى، فيضرب به مع الغرماء، ويأخذ النخلة بتسعة أعشار الثمن.

قال الشافعى - رحمه الله -: وتقوم يوم قبضها. قال أصحابنا: وليس هذا على إطلاقه؛ وإنما تقوم بأقل الأمرين من يوم العقد أو يوم القبض؛ لأن القيمة إن كانت يوم العقد أقل قومت وقت العقد؛ لأن الزيادة حدثت فى ملك المفلس؛ فلا يكون للبائع فيها حق، وإن كانت القيمة يوم القبض أقل قومت يوم القبض؛ لأن ما نقص فى يد البائع كان مضمونًا عليه؛ فلا يرجع البائع على المفلس بما نقص فى يده.

وإن اشترى منه نخلة عليها طلع غير مؤبر؛ فإن الطلع يدخل فى البيع، فإن أتلف المشترى الثمرة أو تلفت فى يده، وأفلس، واختار البائع الرجوع فى النخلة - فهل يضرب مع الغرماء بحصة الثمرة من الثمن أم لا؟ فيه وجهان:

الأول: يضرب مع الغرماء بحصة الثمرة من الثمن لأنها ثمرة يجوز إفرادها بالعقد؛ فرجع بحصتها من الثمن؛ كما لو كانت مؤبرة؛ فعلى هذا فكيفية التقسيط على ما مضى فى المؤبرة.

والثانى: لا يضرب بحصة الثمرة مع الغرماء؛ بل يأخذ النخلة بجميع الثمن، أو يضرب به مع الغرماء؛ لأن الطلع غير المؤبر يجرى مجرى جزء من أجزاء النخلة؛ بدليل أنها تدخل فى العقد بالإطلاق؛ فصارت كالسعف، ولو أفلس وقد تلف شىء من السعف لم يضرب بحصته من الثمن؛ فكذلك هذا مثله، وأصل هذا: هل الطلع قبل التأبير مما يتميز أو غير متميز؟ وفيه وجهان، هكذا ذكره الشيخ أبو حامد.

وإن كان النقصان مما لا ينقسم عليه الثمن: بأن كان المبيع عبدًا صحيحًا، فصار أعور العين أو مقطوع اليد، أو ثوبًا صحيحًا فوجده البائع مخروقًا، أو دارًا ذهب تأليفها فى يد المشترى -: فإن اختار البائع أن يضرب مع الغرماء بالثمن فلا كلام. وإن اختار أن يرجع بعين ماله نظرت -: فإن لم يجب فى مقابلة ما ذهب أرش بأن ذهب ذلك بآفة سماوية، أو بفعل المشترى - فإن البائع يرجع فى المبيع ناقصًا

بجميع الثمن؛ كما قلنا فيمن اشترى عبدًا فذهبت عينه بآفة سماوية فى يد البائع - فإن المشترى إذا اختار إجازة البيع أخذه بجميع الثمن.

وإن وجب للنقصان أرش؛ بأن ذهب ذلك بفعل أجنبى فإن البائع يرجع فى المبيع بحصته من الثمن، ويضرب مع الغرماء بحصة ما تلف من العين المبيعة من الثمن، ويرجع المشترى على الأجنبى بالأرش؛ وإنما كان كذلك لأن الأرش الذى أخذه المشترى من الأجنبى بدل عن الجزء الفائت من المبيع، ولو كان ذلك الجزء موجودًا لرجع به البائع، فإذا كان معدومًا رجع بما قابله من الثمن.

فإن قيل: هلا قلتم: إن البائع يأخذ ذلك الأرش؟ قلنا: لا نقول ذلك؛ لأن البائع لا يستحق الأرش، وإنما يستحق ما قابل ذلك الجزء من الثمن؛ كما أن الأجنبى لو أتلف جميع المبيع لم يرجع البائع بما وجب على الجانى من القيمة وإنما يرجع بالثمن.

وبيان ما يرجع به أن يقال: كم قيمة هذه العين قبل الجناية عليها؟ فإن قيل: مائة، قيل: فكم قيمتها بعد الجناية عليها؟ فإن قيل: تسعون - علمنا أن النقص عشر القيمة؛ فيضرب البائع مع الغرماء بعشر الثمن.

وأما المفلس فيرجع على الجانى بالأرش: فإن كان المبيع من غير الرقيق رجع بما نقص من قيمته بالجناية. وإن كان من الرقيق نظر إلى ما أتلفه منه: فإن كان مضمونًا من الحر بالدية كان مضمونًا من العبد بالقيمة، وإن كان مضمونًا من الحر بالحكومة كان مضمونًا من العبد بما نقص من القيمة، ويكون ذلك للغرماء، سواء أكثر مما رجع به البائع أو أقل منه.

(فرع): وإن وجد البائع المبيع وقد أجره المشترى، ولم تنقض مدة الإجارة، واختار البائع الرجوع فى العين - كان له ذلك، واستوفى المستأجر مدة الإجارة ولا يأخذ البائع الإجارة ولا شيئًا منها؛ لأن المبتاع ملك ذلك بالعقد؛ فصار ذلك كالعيب. وهكذا إن كان المبيع عبدًا أو جارية فوجدها قد زوجها المبتاع، واختار الرجوع فى عين ماله - كان له ذلك والنكاح بحالة، ولاشىء له من مهر الأمة. وإن دبره المبتاع، أو أوصى بعتقه، أو علق عتقه بصفة - كان للبائع الرجوع، وانفسخت هذه التصرفات. وإن كاتبه المبتاع لم يكن للبائع الرجوع فيه؛ لأنه عقد لازم من جهة المشترى، فإن عَجَّز العبد نفسه كان للبائع أن يرجع فيه؛ كما إذا رهن المبتاع العين

المبيعة ثم زال حق المرتهن عنها.

قال المصنف - رحمه الله تعالى -:

(فصل) وإن وجد المبيع زائدًا؛ نظرت: فإن كانت زيادةً غير متميزة؛ كالسمن، والكبر، واختار البائع الفسخ؛ رجع فى المبيع مع الزيادة؛ لأنها زيادة لا تتميز؛ فتبعت الأصل فى الرد، كما قلنا: (فى الرد بالعيب).

وإن كان المبيع حبًا، فصار زرعًا، أو زرعًا فصار حبًا، أو بيضًا فصار فرخًا؛ ففيه وجهان:

أحدهما: لا يرجع به لأن الفرخ غير البيض، والزرع غير الحب.

والثانى: يرجع، وهو المنصوص؛ لأن الفرخ، والزرع عين المبيع، وإنما تغيرت صفته، فهو كالودى إذا صار نخلًا، والجدى إذا صار شاةً.

وإن كانت الزيادة متميزةً؛ نظرت: فإن كانت ظاهرةً، كالطلع المؤبر، وما أشبهه من الثمار؛ رجع فيه دون الزيادة؛ لأنه نماء ظاهر متميز حدث فى ملك المشترى، فلم يتبع الأصل فى الرد؛ كما قلنا «فى الرد بالعيب».

فإن اتفق المفلس والغرماء على قطعها قطع، وإن اتفقوا على تركها إلى الجداد ترك؛ لأنه ملك أحدهما، وحق الآخر، وإن دعا أحدهما إلى قطعها، والآخر إلى، تركها؛ وجب القطع؛ لأن من دعا إلى القطع تعجل حقه، فلا يؤخر بغير رضاه.

وإن كانت الزيادة غير ظاهرة؛ كطلع غير مؤبر، وما أشبهه من الثمار؛ ففيه قولان:

روى الربيع: أنه يرجع فى النخل دون الطلع؛ لأن الثمرة ليست عين ماله، فلم يرجع بها.

وروى المزنى: أنه يرجع؛ لأنه يتبع الأصل فى البيع، فتبعه فى الفسخ: كالسمن، والكبر، فإذا قلنا بهذا؛ فأفلس وهو غير مؤبر، فلم يرجع حتى أبر، لم يرجع فى الثمرة؛ لأنها أبرت، وهى فى ملك المفلس.

فإن اختلف البائع والمفلس؛ فقال البائع: رجعت فيه قبل التأبير؛ فالثمرة لى، وقال المفلس: رجعت بعد التأبير؛ فالثمرة لى - فالقول قول المفلس؛ لأن الأصل بقاء الثمرة على ملكه فإن لم يحلف المفلس، فهل يحلف الغرماء؟ فيه قولان، وقد مضى دليلهما، فإن كذبوه؛ فحلف، واستحق، وأراد أن يفرقه على الغرماء، ففيه

وجهان:

أحدهما: أنه لا يلزمهم قبوله؛ لأنهم أقروا أنه أخذ بغير حق.

والثانى: يلزمهم قبوله، أو الإبراء من الدين، وعليه نص فى (المكاتب إذا حمل إلى المولى نجمًا؛ فقال المولى: هو حرام): أنه يلزمه أن يأخذه، أو يبرئه منه.

فإن صدقه بعضهم، وكذبه البعض؛ فقد قال الشافعى - رحمه الله -: يفرق ذلك فيمن صدقه، دون من كذبه.

فمن أصحابنا من قال: لا يجوز أن يفرقه إلا على من صدقه؛ لأنه لا حاجة به إلى دفع ذلك إلى من يكذبه.

وقال أبو إسحاق: إذا اختار المفلس أن يفرق على الجميع؛ جاز؛ كما يجوز إذا كذبوه، وحمل قول الشافعى - رحمه الله -: إذا اختار أن يفرق، فيمن صدقه، وإن قال البائع: رجعت قبل التأبير؛ فالثمرة لى، فصدقه المفلس، وكذبه الغرماء؛ ففيه قولان:

أحدهما: يقبل قول المفلس؛ لأنه غير متهم.

والثانى: لا يقبل؛ لأنه تعلق به حق الغرماء، فلم يقبل إقراره فيه، فإذا قلنا بهذا: فهل يحلف الغرماء؟ فيه طريقان:

من أصحابنا من قال: هى على القولين؛ كما قلنا فى القسم قبله.

ومنهم من قال: يحلفون قولًا واحدًا؛ لأن اليمين ههنا توجهت عليهم ابتداءً، وفى القسم قبله توجهت اليمين على المفلس، فلما نكل؛ نقلت إليهم.

(الشرح) قوله: «كالودى»الْوَدِىُّ[1]- بفتح الواو وكسر الدال وياء مشددة -: صغار النخل، واحدتها ودية، قال سعد القرقرة:

نحن بغرس الودىِّ أعرفنا   منا بضرب الكماة والسدف[2]

الأحكام: إن وجد البائع عين ماله زائدة نظرت: فإن كانت الزيادة غير متميزة: كالسمن والكبر وما أشبههما، واختار البائع الرجوع فى العين - رجع فيها مع

---

(١) ينظر: المغنى فى الإنباء ١/ ٣٥١ .

(٢) ينظر: الصحاح، واللسان، والتاج (سدف) ومقاييس اللغة ٣/ ١٤٨ وقد أجمعوا على رواية الشطر الثانى «منا بركض الجياد فى السدف» والمقصود بالسدف الصبح وله قصة مشهورة فى التاج (سدف) ولا معنى للسدف هاهنا. والنهاية ٣/ ٢١٩ .

زيادتها.

ووافق أصحابنا الشافعية على ذلك المالكية، واستدلوا:

أولاً: بقوله ﷺ: «مَنْ أَدْرَكَ مَتَاعَهُ بِعَيْنِهِ عِنْدَ إِنْسَانٍ قَدْ أَفْلَسَ فَهُوَ أَحَقُّ بِهِ».

ووجه الدلالة: أن الرسول - عليه السلام - جعله أحق به فى هذه الحال، والزيادة التى هى ليست من فعله لم تخرجه عن صفته؛ فاشتراط عدم الزيادة شرط ليس فى سنة رسول الله ﷺ.

ثانيا: أن الرجوع فسخ لا تمنعه الزيادة؛ كالرد بالعيب.

أما الحنابلة فقد قالوا بأنه إذا زاد المبيع زيادة متصلة: كسمن أو كبر أو تعلم صنعة، أو زيادة منفصلة: كحامل ولدت، أو بنى المفلس أو غرس - فإنه ليس للبائع الرجوع مطلقًا، كانت الزيادة بفعل المشترى أو بغير فعله، متصلة أو منفصلة[1].

واستدلوا لما ذهبوا إليه بما يلى:

أولا: بأن الزيادة إنما حصلت فى ملك المفلس؛ فالمبيع قد تغير، وليس هو على هذا الحال الذى وقع عليه التعاقد؛ فلم يكن أحق به.

ثانيا: بأن هذا النماء لم يحصل من البائع؛ فلم يكن له أخذه من المفلس كسائر أمواله[2].

وقد يناقش الوجهان:

أما الأول: فإن ملكية المفلس إما أن تكون قد تقررت بالزيادة أو قبلها، والأول ممنوع؛ لأنها تقررت بالعقد فبقى الثانى، وإذا صح الثانى لزم الحنابلة - لنفس هذه العلة - ألا يجيزوا الرجوع عند عدم الزيادة، وهو ما لم يقولوا به.

وأما الثانى: فإنه إن نهض دليلاً فيما كان من فعل المفلس، فلم ينهض فيما كان من غير فعله، والدعوى عامة، ولا سبيل إلى إثباتها بهذين الوجهين.

لكن المتفحص للمسألة يجد الصواب فيها حليفًا للحنابلة؛ فإن الخبر الذى استدل به أصحابنا الشافعية والمالكية يمكن أن يقال فيه: إن قول الرسول: «من أدرك متاعه بعينه» يكاد يكون صريحًا فى أنه بقى على حاله لم يزد حتى يصدق أنه وجده

---

(١) ينظر المغنى ٤/ ٤٦٧ .

(٢) ينظر السابق .

بعينه، ثم هو بعد الفلس قد تعلقت به حقوق الغرماء. ويمنعه أنه: إذا كان تلف بعض المبيع مانعًا من الرجوع من غير ضرر يلحق بالمفلس ولا بالغرماء، فالمنع بالزيادة أولى، وإذا رجع فى الناقص فهو إنما يرجع فيما باعه وخرج من يده، ولكنه إذا رجع فى الزائد فقد أخذ ما لم يبعه واسترجع ما لم يخرج من يده[1].

وفى الحق: أن الحديث دليل للحنابلة ناهض على مدعاهم من أن الزيادة مطلقًا تمنع الرجوع.

وكذلك ما ذهب إليه أصحابنا الشافعية والمالكية من قياس الرجوع هاهنا على الرد بالعيب، قياسٌ مع الفارق؛ لوجهين:

الأول: أن الفسخ فى الرد بالعيب من قبل المشترى؛ فهو الذى رضى بإسقاط حقه من الزيادة وتركها للبائع، ولا كذلك ما معنا؛ فإن الفسخ فيه من البائع.

الثانى: أن الفسخ بالعيب فسخ بما قارن العقد من العيب الذى كان موجودًا فى السلعة قبل البيع، ولا كذلك ما معنا؛ لأنه بسبب طارئ حادث، لا علاقة له بالعقد؛ فهو بفسخ النكاح الذى لا يستحق به استرجاع العين الزائدة أشبه.

وبعد: فإنه لم يكن فى هذا الموضع من دليل يمكن أن يكون حجة إلا الحديث، وهو للحنابلة أولى من أن يكون للمخالفين لهم.

وأيًا ما كان الأمر، فإننا سنواصل حديثنا عن بقية مسائل الفصل تفريعًا على ما ذهب إليه أصحابنا الشافعية كالتالى:

(فرع): إن باعه نخلاً عليها طلع مؤبر، واشترط المشترى دخول الثمرة فى البيع، فأدركت الثمرة فى يد المشترى وجذها، وجففها، ثم أفلس والجميع فى ملكه لم يتعلق به حق غيره - فإن للبائع أن يرجع فى النخل والثمرة وإن كان مجففًا؛ لأن هذه زيادة غير متميزة فهى كسمن الجارية.

وإن باعه نخلًا عليها طلع غير مؤبر، فأبرها المشترى ثم أفلس، فهل للبائع الرجوع فيها؟ قال المسعودى: فيه قولان؛ بناء على أن الثمرة هل تعلم قبل التأبير؟ وفيه قولان.

قال العمرانى: وتشبه أن يكون على طريقة أصحابنا البغداديين على وجهين؛ بناء

---

(١) ينظر المغنى ٤/٤٦٨ .

على أن الثمرة قبل التأبير إما متميزة أو غير متميزة.

وإن باعه أرضًا وفيها بذر مودع فيها، واشترط دخول البذر فى البيع، فهل يصح بيع البذر؟ قال الشيخ أبو حامد: فيه قولان. وغيره من أصحابنا قال: هما وجهان، وذلك مذكور فى البيوع:

فإذا قلنا: يصح البيع فى البذر، فأفلس المشترى -: فإن كان قبل أن يخرج البذر عن الأرض رجع البائع فى الأرض وفى البذر ولا كلام. وإن أفلس بعد أن صار البذر زرعًا فإنه يرجع فى الأرض، وهل يرجع فى الزرع أو يضرب بحصة البذر من الثمن مع الغرماء؟ فيه وجهان: من أصحابنا من قال: يرجع فى الأرض وحدها، ويضرب مع الغرماء بثمن البذر؛ لأن البائع إنما يرجع بعين ماله إذا كانت باقية بحالها، وهذا الزرع خلقه الله - تعالى - ولم يكن موجودًا حال البيع.

والثانى: يرجع فى الزرع مع الأرض - وهو المنصوص - لأن هذا الزرع عين البذر، وإنما حوله الله - تعالى - من حالة إلى حالة؛ فرجع به كالودى إذا صار نخلًا.

وإن اشترى منه أرضًا فيها زرع أخضر، واشترط دخول الزرع فى البيع - صح البيع قولًا واحدًا، فإن أفلس المشترى بعدما استحصد الزرع واشتد حبه، أو كان قد حصده وذراه ونقاه - فهل للبائع أن يرجع فى الأرض مع هذا الزرع؟ قال عامة أصحابنا: فيه وجهان كالتى قبلها.

وقال الشيخ أبو حامد: إن قلنا بالمنصوص فى التى قبلها فللبائع ههنا أن يرجع فيهما، وإن قلنا بالوجه الثانى لبعض أصحابنا فيها فهاهنا وجهان:

أحدهما: لا يرجع؛ لما مضى.

الثانى: يرجع؛ لأنه عين ماله، وإنما تغيرت صفته. قال: وهكذا لو تغير الزرع من خضرة إلى صفرة.

وإن باعه أرضًا فيها نوى مدفونا، واشترط دخول النوى فى البيع - فيه وجهان، **المذهب**: أنه يدخل، فإن أفلس المشترى وقد صار النوى نخلاً، فهل يرجع البائع فى الأرض مع النخل؟ فيه وجهان كالبذر إذا صار زرعًا.

وإن اشترى منه بيضًا، فحضنه تحت دجاجة حتى صار فراخًا، ثم أفلس المشترى - فهل يرجع البائع فى الفراخ؟ فيه وجهان كالبذر إذا صار زرعًا، تعليلهما ما ذكرناه.

(فرع): وإن كانت الزيادة متميزة: كاللبن وولد البهيمة، رجع البائع فى عين المبيع دون الزيادة؛ لأنها زيادة متميزة؛ فلم تتبع الأصل فى الرد؛ كما قلنا فى الرد بالعيب. فإن كان المبيع أرضًا فارغة فزرعها المشترى، أو نخلاً لا ثمر عليها فأثمرت فى يد المشترى وأبرت، ثم أفلس المشترى، واختار البائع الرجوع فى عين ماله - فإنه يرجع فى الأرض دون الزرع، وفى النخل دون الثمرة؛ لأنها زيادة متميزة حدثت فى يد المشترى فلم يكن للبائع فيها حق.

إذا ثبت هذا: فليس للبائع أن يطالب المشترى والغرماء بحصاد الزرع ولا بجداد الثمرة قبل وقت الحصاد والجداد؛ لأن المشترى زرع فى أرضه فليس بظالم، والثمرة أطلعت فى ملكه؛ فهو كما لو باع أرضًا وفيها زرع أو نخلة وعليها طلع؛ فإنه لا يجبر على قطعه قبل أوانه، ولا يجب للبائع أجرة الأرض، ولا النخل إلى أوان الجداد والحصاد؛ كما لا يجب ذلك للمشترى على البائع إذا اشترى أرضًا فيها زرع، أو نخلاً عليها طلع، ثم ينظر فى المفلس والغرماء: فإن اتفقوا على قطع الثمرة والزرع قبل أوان قطعهما جاز؛ لأن الحق لهم، وإن اتفقوا على تركه إلى وقت الحصاد والجداد جاز، وإن دعا بعضهم إلى القطع قبل أوانه، ودعا البعض إلى تركه - ففيه وجهان:

أحدهما: - وبه قال عامة أصحابنا وهو المذهب -: أنه يجاب قول من دعا إلى القطع؛ لأن الغرماء إن كانوا هم الطالبون القطع أجيبوا؛ لأنهم يقولون: حقوقنا معجلة؛ فلا يجب علينا التأخير. وإن كان المفلس هو الطالب للقطع أجيب؛ لأنه يستفيد بذلك إبراء ذمته، ولأن فى التبقية غررًا؛ لأنه قد يتلف؛ فأجيب من دعا إلى القطع.

والوجه الثانى- وهو قول أبى إسحاق -: أنه يفعل ما فيه الحظ من القطع أو التبقية. قال ابن الصباغ: وهذا لا بأس به؛ لأنه قد يكون من الثمرة والزرع ما له قيمة تافهة أو ما لا قيمة له، والظاهر سلامته.

(فرع): وإن باعه نخلاً لا ثمرة عليها، فأطلعت فى يد المشترى، وأفلس قبل التأبير فهل للبائع أن يرجع فى الثمرة مع النخل؟ فيه قولان:

أحدهما رواه المزنى -: أنه يرجع فى الثمرة مع النخل؛ لأنه لو باعه نخلة عليها طلع غير مؤبرة، تبعت الثمرة النخلة فى البيع؛ فتبعتها أيضًا فى الفسخ؛ كالثمن فى الجارية.

والثانى رواه الربيع رحمه الله -: أنه لا يرجع فى الثمرة؛ لأنه يصح إفرادها فى البيع؛ فلم تتبع النخلة فى الفسخ؛ كالطلع المؤبر، ويفارق البيع: فى أنه زال ملكه عن النخلة باختياره، وههنا زال بغير اختياره.

قال أصحابنا: فكل موضع زال ملك المالك عن أصل النخلة وعليها طلع غير مؤبر باختيار المالك، وكان زوال ملكه عنها بعوض - فإن الثمرة تتبع الأصل، وذلك كالبيع والصلح والأجرة فى الإجارة والصداق والخلع وما أشبه ذلك.

وكل موضع زال ملكه عن أصل النخلة بغير اختياره فهل تتبع الثمرة الأصل؟ فيه قولان، وذلك مثل مسألتنا هذه فى المفلس، ومثل أن يشترى نخلة لا ثمر عليها بثمن معين، فتطلع النخلة فى يد المشترى، ثم يجد البائع بالثمن عيبًا فيرده قبل التأبير - فهل يرجع فى الثمرة مع النخلة؟ على قولين.

وكذلك إذا اشترى شقصًا فى أرض فيها نخل، فأطلعت النخل فى يد المشترى، ثم علم الشفيع قبل التأبير فشفع - فهل يأخذ الثمرة مع النخل؟ على هذين القولين.

وكذلك كل موضع زال ملكه عن الأصل إلى غيره باختياره بغير عوض، فهل يتبع الطلع الذى ليس بمؤبر الأصلَ؟ فيه قولان أيضًا، وذلك مثل: أن يهب الرجل لغيره نخلة عليها طلع غير مؤبر.

وكذلك إذا زال ملكه عن الأصل بغير عوض بغير اختياره أيضًا، مثل: أن يهب الأب لابنه نخلة، فأطلعت فى يد الابن، ورجع الأب فيها قبل التأبير - فهل نتبع الثمرة الأصل؟ فيه قولان.

إذا ثبت ما ذكرناه، فإذا باعه نخلة لا ثمرة عليها، فأطلعت فى يد المشترى، وأفلس قبل أن تؤبر الثمرة، فرجع البائع فى عين ماله -:

فإن قلنا: إن الثمرة لا تتبع النخلة فى الفسخ، كانت الثمرة للمفلس، فإن اتفق المفلس والغرماء على تبقيتها إلى أوان جدادها كان لهم ذلك، وليس لبائع النخلة أن يطالبهم بقطعها قبل ذلك ولا بأجرة نخلته؛ لأنها حدثت فى ملك مالكها. وإن اتفقوا على قطعها جاز. وإن دعا بعضهم إلى قطعها، وبعضهم إلى تبقيتها - ففيه وجهان:

قال عامة أصحابنا: يجاب من دعا إلى قطعها.

وقال أبو إسحاق: يفعل ما فيه الأحظ، وقد مضى دليل الوجهين.

وإن قلنا: إن الثمرة تكون للبائع للنخل، فلم يرجع البائع حتى أبرت النخل -

كانت الثمرة للمفلس والغرماء قولًا واحدًا؛ لأنها صارت نماء متميزًا، فالحكم فى قطعها وتبقيتها على ما مضى.

وإن قال بائع النخل: قد كنت رجعت فيها قبل التأبير: فإن صدقة المفلس والغرماء على ذلك أو كذبوه، وأقام على ذلك بينة - حكم له بالثمرة. وإن كذبه المفلس والغرماء ولا بينة فالقول قول المفلس مع يمينه؛ لأن الأصل عدم الرجوع، فإذا حلف المفلس كانت الثمرة ملكًا له وقسمت على الغرماء، وإن نكل عن اليمين فهل يحلف الغرماء؟ فيه قولان مضى ذكرهما: فإذا قلنا: يحلفون فحلفوا، قسمت الثمرة بينهم.

وإن نكلوا، أو قلنا: لا يحلفون، عرضت اليمين على البائع: فإن حلف ثبت ملك الطلع له، وإن نكل قال ابن الصباغ: سقط حقه وكانت الثمرة للمفلس وقسمت بين الغرماء.

وإن صدق الغرماء البائع، وكذبوا المفلس، نظرت فى الغرماء: فإن كان فيهم عدلان فشهدا للبائع أنه رجع قبل التأبير، قبلت شهادتهما له، وحكم بالثمرة للبائع؛ لأنهما لا يجران إلى أنفسهما بهذه الشهادة نفعًا، ولا يدفعان عنهما ضررًا. وكذلك إن كان فيهم عدل واحد وحلف معه البائع حكم له بالثمرة.

وإن كانوا فساقًا أو لم تقبل شهادتهم للبائع لسبب من الأسباب المانعة - فالقول قول المفلس مع يمينه.

قال العمرانى: والذى يقتضيه المذهب أنه يحلف: ما يعلم أن البائع رجع فيها قبل التأبير - وكذلك الغرماء إذا حلفوا - لأنه يحلف على نفى فعل الغير. فإذا حلف المفلس ملك الثمرة، فإن لم يختر دَفْعَ الثمرة إلى الغرماء ولا بيعها لهم لم يجبر على ذلك، ولا لهم أن يطالبوه بذلك؛ لأنهم يقرون أنها ملك للبائع دون المفلس، ولكن يصرف إليهم سائر أمواله، ويفك عنه الحجر، ويتصرف فى الثمرة كيف شاء.

وإن اختار المفلس دفع الثمرة إلى الغرماء، فهل يجبر الغرماء على قبولها؟ فيه وجهان:

أحدهما - وهو المذهب، ولم يذكر الشيخ أبو حامد غيره -: أنهم يجبرون فيقال لهم: إما أن تقبلوها أو تبرئوه من قدرها من دينكم كما قال الشافعى - رحمه الله - فى المكاتب إذا حمل إلى سيده مالاً عن كتابته وقال للسيد: هو حرام -: إنه يلزمه

أن يأخذه أو يبرئه من قدره مما له عليه.

والثاني: لا يلزمهم ذلك؛ لأنهم يقرون أن المفلس لا يملك ذلك، ويفارق سيد المكاتب؛ لأنه يريد الإضرار بالعبد ورده إلى الرق فلم يقبل منه، ولا ضرر على المفلس فى ذلك.

فإذا قلنا بالأول، وقال الغرماء: نحن لا نأخذ الثمرة ولكنا نفك الحجر عنه ونبرئه من حقوقنا - فهل للمفلس الامتناع؟ فيه وجهان حكاهما المسعودى.

فإن اختار الغرماء أن يبرئوا المفلس من قدر الثمرة من الدين فأبرءوه من ذلك، فلا كلام، وإن لم يختاروا أن يبرئوه: فإن كان دينهم من جنس الثمرة، وجب عليهم أخذها، وكذلك إذا لم يكن دينهم من جنس الثمرة، واختاروا أخذ الثمرة عن دينهم، فإن كان دينهم من غير السلم جاز، وبرئت ذمة المفلس من ذلك، فإذا أخذوا ذلك لم يملكوه، ولكن يلزمهم رد ذلك إلى البائع؛ لأنهم قد أقروا أنها ملكه، وإنما لم تقبل إقرارهم لحق المفلس، فإذا زال حقه لزمهم حكم إقرارهم الأول؛ كما لو شهد رجلان على رجل أنه أعتق عبده، فلم تقبل شهادتهما عليه، ثم انتقل العبد إليهما أو إلى أحدهما بإرث أو بيع - فإنه يعتق عليهما بالإقرار السابق.

وإن كانت حقوقهم من غير جنس الثمرة، فإنه لا يلزمهم قبول الثمرة بعينها، ولكن تباع الثمرة ويدفع إليهم الثمن - قال ابن الصباغ -: ولا حق للبائع فى الثمن.

وإن صدق بعض الغرماء البائع وكذبه بعضهم مع المفلس: فإن كان فيمن صدق البائع عدلان فشهدا له، أو عدل وحلف مع شاهده - حكم للبائع بالثمرة ولا كلام. وإن لم يكن فيهم من تقبل شهادته له، فإن القول قول المفلس مع يمينه؛ لما ذكرناه، فإذا حلف ملك الثمرة: فإن أراد قسمة الثمرة على من صدقه دون من كذبه جاز، وإن اختار قسمتها على الجميع فقد قال الشافعى - رحمه الله -: يدفعها إلى الذين صدقوه دون الذين كذبوه.

واختلف أصحابنا فيها على وجهين:

فقال أبو إسحاق: هى كالأولى، وأن للمفلس أن يفرق ذلك على الجميع، أو بين من يكذبه عما يخصه من الثمرة من الدين؛ لما ذكرناه فى التى قبلها وما ذكره الشافعى - رحمه الله - فمعناه: إذا رضى أن يفرقه فيمن صدقه دون من كذبه.

ومنهم من قال: لا يجبر من كذبه على قبض شىء من الثمرة ولا الإبراء عن شىء

من دينه، وجهًا واحدًا بخلاف الأولى؛ لأنه مع تكذيب جماعتهم له به حاجة إلى قضاء دينه، فأجبروا على أخذه، وفى مسألتنا يمكنه دفعه إلى المصدقين له دون المكذبين له.

فإذا قلنا بالأول لزم المصدقين للبائع أن يدفعوا ما خصهم من الثمرة إليه، ولا يلزم المكذبين له، والذى يقتضى المذهب: أن البائع لو سأل من كذبه من الغرماء أن يحلف له: أنه ما يعلم أنه رجع قبل التأبير، لزم المكذب أن يحلف؛ لأنه لو خاف من اليمين فأقر لزمه إقراره.

هذا إذا كان المفلس مكذبًا للبائع، فأما إذا كان المفلس مصدقًا للبائع: أنه رجع قبل التأبير، وقال الغرماء: بل رجع بعد التأبير - فهل يقبل إقرار المفلس؟ فيه قولان كالقولين فيه إذا قال: هذه العين غصبتها من فلان أو ابتعتها منه بثمن فى ذمتى. فهل يقبل فى العين؟ قولان:

فإذا قلنا: يقبل، كانت الثمرة للبائع ولا كلام.

وإذا قلنا: لا يقبل، فقد قال الشافعى - رحمه الله -: يحلف الغرماء للبائع: أنه ما رجع قبل الإبار.

فمن أصحابنا من قال: فيها قولان؛ كما إذا ادعى المفلس مالًا، وأقام شاهدًا ولم يحلف معه، فهل يحلف غرماؤه؟ فيه قولان. وما ذكره الشافعى - رحمه الله - ههنا فهو أحدهما.

ومنهم من قال: يحلفون هاهنا قولًا واحدًا، وهناك على قولين؛ لأن هناك توجهت اليمين على غيرهم، ثم نقلت إليهم، وهاهنا توجهت عليهم ابتداء.

قال المصنف - رحمه الله تعالى -:

(فصل) وإن كان المبيع جاريةً، فحبلت فى ملك المشترى؛ نظرت: فإن أفلس بعد الوضع، رجع فى الجارية دون الولد؛ كما قلنا (فى الرد بالعيب)، ولا يجوز التفريق بين الأم والولد، فأما أن يزن البائع قيمة الولد، فيأخذه مع الأم، أو تباع الأم والولد، فيأخذ البائع ثمن الأم، ويأخذ المفلس ثمن الولد.

ومن أصحابنا من قال: إما أن يزن قيمة الولد، فيأخذه مع الأم، وإما أن يسقط حقه من الرجوع، والمذهب الأول؛ لأنه وجد عين ماله خاليًا عن حق غيره؛ فثبت له الرجوع.

وإن أفلس قبل الوضع، فإن قلنا: لا حكم للحمل، رجع فيهما؛ لأنه كالسمن.

وإن قلنا: إن الحمل له حكم، رجع فى الأم دون الحمل؛ لأنه كالحمل المنفصل، فإن باعها، وهى حبلى، ثم أفلس المشترى؛ نظرت: فإن أفلس قبل الوضع، رجع فيهما، وإن أفلس بعد الوضع؛ فإن قلنا: للحمل حكم، رجع فيهما؛ لأنهما كعينين باعهما.

وإن قلنا: لا حكم للحمل، رجع فى الأم دون (الحمل) ؛ لأنه نماء تميز من ملك المشترى؛ فلم يرجع فيه البائع، ولا يفرق بين الأم والولد، على ما ذكرناه.

(الشرح) الأحكام: إن باع من رجل جارية حائلاً، فحبلت فى يد المشترى من زوج أو زنا، فأفلس المشترى بعد أن وضعت الجارية - فللبائع أن يرجع فى الجارية؛ لأنها عين ماله، ولا حق له فى الولد؛ لأنه نماء متميز، ولكن لا يجوز التفريق بينها وبين ولدها إذا كان صغيرًا. فإن قال بائع الجارية: أن أدفع قيمة الولد وأملكه مع الأم - فإن له ذلك، وإن قال: لا أدفع قيمة الولد، بيعت الجارية والولد، وقسم الثمن عليهما: فما قابل الجارية من الثمن كان لبائعها، وما قابل الولد كان لسائر الغرماء.

قال الشيخ أبو حامد: وكيفية التقسيط: أن تقوَّم الجارية ذات ولد، ثم يقوم الولد، وتضم قيمة أحدهما إلى الآخر ويقسم الثمن عليهما.

فإن قيل - مثلًا -: قيمة الجارية تسعون، وقيمة الولد عشرة، كان لبائع الجارية تسعة أعشار الثمن، وللغرماء عشر الثمن، وإنما قومت الجارية ذات ولد؛ لأنها ناقصة لأجل الولد، وقد استحق الرجوع فيها حال نقصها. هذا هو المذهب.

ومن أصحابنا من قال: يقال للبائع: إما أن تدفع قيمة الولد فتملكه مع الأم، وإلا فلا رجوع لك فى الأم؛ بل تضرب مع الغرماء فى الثمن. وليس بشىء؛ لأنه وجد عين ماله خاليًا عن حق غيره.

وإن أفلس المشترى قبل أن تضع الجارية:

فإن قلنا: لا حكم للحمل، فإن لبائع الجارية أن يرجع فيها وفى حملها؛ لأنه زيادة متصلة.

وإن قلنا: للحمل حكم - قال الشيخ أبو حامد: له الرجوع فى الجارية دون الحمل، فإذا وضعت الجارية فالحكم فى البيع والتقسيط على ما مضى.

وقال ابن الصباغ: ليس له أن يرجع فى الأم؛ لأن الحمل كالزيادة المتصلة، ولا يمكن الرجوع فى الأم دون الحمل.

وأما إذا باعها حاملًا فأفلس المشترى وهى حامل، فللبائع أن يرجع فيها وفى حملها.

وإن أفلس بعد الوضع: فإن قلنا: للحمل حكم، رجع فى الجارية وفى الولد. وإن قلنا: لا حكم للحمل، رجع فى الأم دون الولد ولا يفرق بينهما. فإن دفع قيمة الولد لمالكه جاز، وإن لم يدفع قيمة الجارية والولد قسم الثمن عليهما على قدر قيمتهما، والتقسيط على ما مضى.

والحكم فى الحيوان الحائل والحامل حكم الجارية، إلا فى شىء واحد: وهو أن البهيمة يجوز التفريق بينها وبين ولدها الصغير.

(فرع): وإن باع رجل جارية حاملاً، فقبضها المشترى، وأسقطت فى يده، ثم أفلس فللبائع أن يرجع فى الجارية:

فإن قلنا: لا حكم للحمل، رجع فى الجارية، ولا شىء له لأجل السقط.

وإن قلنا: له حكم، رجع فى الجارية، وضرب مع الغرماء بما قابل السقط من الثمن؛ كما لو باع شيئين بثمن، ثم تلف أحدهما فى يد المشترى، ثم أفلس - فللبائع الرجوع فى الموجود والضرب مع الغرماء بثمن المفقود.

قال المصنف - رحمه الله تعالى -:

(فصل) وإن كان المبيع طعامًا؛ فطحنه المشترى، أو ثوبًا؛ فقصره، ثم أفلس؛ نظرت: فإن لم تزد قيمته بذلك، واختار البائع الرجوع، رجع فيه، ولا يكون المشترى شريكًا له بقدر عمله؛ لأن عمله قد استهلك، ولم يظهر له أثر، وإن زادت قيمته، بأن كانت قيمته عشرة، فصارت قيمته خمسة عشر؛ ففيه قولان:

أحدهما: أن البائع يرجع فيه، ولا يكون المشترى شريكًا له، بقدر ما عمل فيه، وهو قول المزنى؛ لأنه لم يضف إلى المبيع عينًا، وإنما فرق بالطحن أجزاءً مجتمعةً، وفى القصارة أظهر بياضًا كان كامنًا فى الثوب؛ فلم يصر شريكًا للبائع فى العين؛ كما لو كان المبيع جوزًا فكسره، ولأنه زيادة لا تتميز، فلم يتعلق بها حق المفلس؛ كما لو كان المبيع غلامًا فعلمه، أو حيوانًا فسمنه.

والثانى: أن المشترى يكون شريكًا للبائع بقدر ما زاد بالعمل، ويكون حكم العمل

حكم العين، وهو الصحيح؛ لأنها زيادة حصلت بفعله، فصار بها شريكًا؛ كما لو كان المبيع ثوبًا فصبغه، ولأن القصَّار يملك حبس العين، لقبض الأجرة، كما يملك البائع حبس المبيع، لقبض الثمن، فدل على أن العمل كالعين بخلاف كسر الجوز، وتعليم الغلام، وتسمين الحيوان؛ فإن الأجير فى هذه الأشياء لا يملك حبس العين لقبض الأجرة؛ فعلى هذا يباع الثوب، فيصرف ثلث الثمن إلى الغرماء، والثلثان إلى البائع.

وإن كان قد استأجر المشترى من قصَّر الثوب، وطحن الطعام، ولم يدفع إليه الأجرة؛ دفع الأجرة إلى الأجير من ثمن الثوب؛ لأن الزيادة حصلت بفعله، فقضى حقه من بدله.

(الشرح) الأحكام: إذا اشترى منه حنطة فطحنها، أو ثوبًا خامًا فقصره أو خاطه بخيوط من الثوب، أو غزلاً فنسجه، وأفلس المشترى - فللبائع أن يرجع فى الدقيق والثوب المقصور أو المخيط والغزل المنسوج بلا خلاف على المذهب؛ لأنه وجد عين ماله خاليًا عن حق غيره. فإن لم تزد قيمة الثوب والحنطة بذلك فلا شىء للمفلس؛ لأن العمل قد استهلك، فإن كان المفلس قد عمل ذلك بنفسه سقط عمله، وإن استأجر من عمل ذلك ولم يدفع الأجرة لم يكن للأجير أن يشارك بائع الثوب بشىء، وإنما يضرب مع الغرماء فيما عدا الثوب من مال المفلس؛ لأن عمله لم يظهر له قيمة، وهكذا الحكم إذا نقصت قيمة الثوب والحنطة بذلك واختار البائع الرجوع؛ فلا شىء له لأجل النقصان لأن المفلس نقص من ماله بيده، فإذا اختار البائع الرجوع لم يكن له شىء لأجل النقصان؛ كما لو وجد العبد مريضًا، ولا شىء للمفلس ولا يشارك الأجير بائع الثوب بشىء؛ لأن عمله قد استهلك، ولكن يضرب مع الغرماء بأجرته.

وأما إذا زادت قيمة الثوب أو الحنطة بذلك ففيه قولان:

أحدهما: يرجع البائع بالثوب أو الدقيق ولا يشاركه المفلس بشىء، وهو اختيار المزنى؛ لأن المشترى لم يضف إلى المبيع عينًا؛ فلم يشارك البائع بذلك، كما لو اشترى حيوانًا مهزولاً فسمن فى يده.

والثانى: أن هذه الآثار تجرى مجرى الأعيان؛ فيشارك المفلس البائع بقدر الزيادة، وهو الصحيح؛ لأن الشافعى - رحمه الله - قال: «وبه أقول؛ لأنها زيادة

من فعل المشترى حصلت فى المبيع فكان له أن يشاركه؛ كما لو صبغ الثوب».
ولأن الطحن والقصارة أجريت مجرى الأعيان؛ بدليل أن للطحان والقصار والخياط والنساج أن يمسك هذه الأعيان المعمول فيها إلى أن يستوفى الأجرة؛ فأجريت مجرى الأعيان فيما ذكرناه.

إذا ثبت هذا: فإن قلنا بالقول الأول، فاختار البائع الرجوع فى عين ماله - رجع فيها بزيادتها، فإن كان المفلس قد استأجر من عمل ذلك ولم يستوف الأجير أجرته لم يكن للأجير أن يشارك بائع العين بشىء، بل يضرب مع الغرماء بقدر أجرته.

وإن قلنا بما اختاره الشافعى من أنها آثار تجرى مجرى الأعيان، فإن كان المفلس تولى العمل بنفسه أو استعان بمن عمل ذلك بغير أجرة، أو استأجر من عمل ذلك وقد وفى الأجير أجرته - فإنه يشارك البائع بقدر ما زادت العين بالعمل، مثل: أن كان الثوب يساوى قبل القصارة عشرة فصار مقصورًا يساوى خمسة عشر، فللمفلس فى الثوب خمسة.

قال ابن الصباغ: فإن اختار بائع الثوب أن يدفع الخمسة أجبر المفلس والغرماء على قبولها، كما إذا غرس المشترى فى الأرض المبيعة أو بناها؛ فلبائع الأرض أن يدفع قيمة الغراس والبناء ويتملكه مع الأرض. وإن لم يختر بائع الثوب أن يدفع ذلك، بيع الثوب، وكان ثلثا الثمن للبائع، والثلث للمفلس.

وإن كان المفلس قد استأجر من عمل ذلك، ولم يدفع إليه شيئًا من الأجرة، تعلق حق الأجير بالزيادة؛ لأنا قد جعلناها كالعين: فإن كانت الزيادة قدر أجرته بأن كان قد استؤجر بخمسة دراهم، اختص الأجير بالزيادة وشارك البائع بها. وإن كانت الزيادة أكثر من أجرته: بأن كانت الزيادة عشرة وأجرته خمسة، كانت الزيادة على قدر الأجرة للمفلس تصرف إلى باقى الغرماء. وإن كانت الزيادة أقل من الأجرة: بأن كانت قيمة الثوب قبل القصارة عشرة، فصارت قيمته مقصورًا اثنى عشر، وأجرة القصار خمسة - فإن الأجير يشارك بائع الثوب بدرهمين، ويضرب مع الغرماء بثلاثة دراهم.

(فرع): وإن اشترى غلامًا فعلمه صنعة مباحة، أو علمه القرآن، ثم أفلس المشترى وقد زادت قيمة العبد بذلك - فاختلف أصحابنا فى ذلك:

فقال صاحب التلخيص: هى على قولين كالقصارة؛ لأنه يجوز الاستئجار على

ذلك، فهو كالقصارة والنساجة.

وقال الشيخ أبو حامد وعامة أصحابنا: ليس كالقصارة، ولا يشارك المفلس البائع للزيادة قولًا واحدًا؛ لأنه لا يحصل بفعله، وإنما إليه التلقين، وليس إليه الحفظ، وإنما هو إلى الله - تعالى - لأنه قد يلقنه فلا يتلقن؛ فهو كالسمن فى البهيمة؛ لأنه قد يعلفها لتسمن فلا تسمن، بخلاف القصارة والنساجة والطحن؛ لأنها حدثت بفعل مضاف إلى المبتاع؛ لأنه لا توجد منه هذه الأفعال إلا وتحدث هذه الآثار ولا تنقل منها.

قال المصنف - رحمه الله تعالى -:

(فصل) وإن اشترى من رجل ثوبًا بعشرة، ومن آخر صبغًا بخمسة، فصبغ به الثوب، ثم أفلس؛ نظرت: فإن لم تزد، ولم تنقص بأن صار قيمة الثوب خمسة عشر؛ فقد وجد كل واحد من البائعين عين ماله، فإن اختار الرجوع، صار الثوب بينهما؛ لصاحب الثوب الثلثان، ولصاحب الصبغ الثلث.

وإن نقص، فصار قيمة الثوب اثنى عشر، فقد وجد بائع الثوب عين ماله، ووجد بائع الصبغ بعض ماله؛ لأن النقص دخل عليه بهلاك بعضه، فإن اختار الرجوع كان لبائع الثوب عشرة، ولبائع الصبغ درهمان، ويضرب بما هلك من ماله، وهو ثلاثة مع الغرماء.

وإن زاد فصار يساوى الثوب عشرين درهمًا؛ بنينا على القولين: فى أن زيادة القيمة بالعمل، كالعين، أم لا؟

فإن قلنا: إنها ليست كالعين، حصلت الزيادة فى مالهما، فيقسط بينهما على الثلث والثلثين، لصاحب الثوب الثلثان، ولصاحب الصبغ الثلث، وإن قلنا: إنها كالعين؛ كانت الزيادة للمفلس، فيكون شريكًا للبائعين بالربع.

(الشرح) الأحكام: إن اشترى ثوبًا من رجل بعشرة دراهم فى ذمته، ومن آخر صبغًا بخمسة دراهم فى ذمته وصبغ به الثوب، وأفلس المشترى قبل أن يدفع الثمنين، واختار البائعان الرجوع فى عين مالهما:

فإن لم تزد قيمتهما ولم تنقص، بأن كان الثوب مصبوغًا يساوى خمسة عشر - صارا شريكين على قدر مالهما. قال أبو على السنجى: واختلف أصحابنا فى تنزيله: فمنهم من قال: يكون ثلثا الثوب وثلثا الصبغ لبائع الثوب، وثلثهما لبائع الصبغ؛

لأن مال كل واحد منهما لا يتميز عن مال صاحبه؛ فيصيران شريكين، فلو تلف نصف الثوب كان النصف الثانى بينهما.

ومنهم من قال: جميع الثوب لبائعه، وجميع الصبغ لبائعه؛ كما لو اشترى أرضًا من رجل وغراسًا من آخر وغرسه فيها، وكره بائع الغراس القلع.

وإن نقصت قيمتهما فصارت قيمة الثوب مصبوغًا اثنى عشر، كان النقص يضاف إلى جنبة الصبغ؛ لأن أجزاءه تتفرق وتنقص والثوب بحاله، ولأن الصبغ هو الوارد على الثوب، والظاهر أنه نقص بالورود؛ فعلى هذا: لصاحب الثوب أن يرجع فى ثوبه، فإذا بيع دفع إليه من ثمنه عشرة، وأما صاحب الصبغ إذا اختار الرجوع، ففيه وجهان:

أحدهما - وهو قول المصنف وابن الصباغ -: أنه يشارك بائع الثوب بدرهمين، ويضرب مع الغرماء بثلاثة دراهم؛ لأنه نقص بفعل المفلس.

والثانى - وهو قول الشيخ أبى حامد وصاحب الفروع والصيدلانى -: أنه يقال له: قد وجدت عين مالك ناقصة، فأنت بالخيار بين الرجوع فيها ناقصة القيمة ولا شىء لك - فيكون له سدس قيمة الثوب لا غير - وبين أن تضرب مع الغرماء بثمن صبغك، وهو خمسة؛ كما قلنا فيمن باع ثوبًا فلبسه المشترى فوجده البائع ناقصًا بالاستعمال؛ فإنه يرجع فيه ولا شىء له.

وإن زادت قيمتهما فصار الثوب يساوى عشرين:

فإن قلنا: إن الزيادة بالصنعة والآثار لا حكم لها، لم يكن المفلس شريكًا لبائع الثوب وبائع الصبغ بشىء؛ بل الزيادة لهما لصاحب الثوب ثلثاها ولصاحب الصبغ ثلثها.

وإن قلنا: إن الزيادة بالصبغ كالزيادة بالعين - وهو الصحيح - كانت الزيادة للمفلس؛ فيكون المفلس شريكًا لهما فى الربع، فإذا بيع الثوب بعشرين، كان لبائع الثوب عشرة، ولبائع الصبغة خمسة، وللمفلس خمسة تصرف إلى باقى الغرماء.

فإن زادت قيمة الثوب بعد ذلك فصار يساوى مصبوغًا أربعين بعد أن كان يساوى مصبوغًا عشرين - قال ابن الحداد: أُضْعِفَ لكل واحد منهما ماله؛ فيكون لبائع الثوب عشرون، ولبائع الصبغ عشرة، وللمفلس عشرة.

وإن بلغت قيمة الثوب لما صبغ أربعين فإن لصاحب الثوب ربع الثمن عشرة،

ولصاحب الصبغ ثمن الثمن: خمسة، وللمفلس خمسة أثمانه: وهو خمسة وعشرون.

وإن اشترى الثوب من رجل بعشرة، واشترى منه صبغا بخمسة وصبغ به الثوب، فأفلس المشترى -: فإن لم تنقص قيمتهما بعد الصبغ ولم تزد، بأن صار الثوب بعد الصبغ يساوى خمسة عشر، واختار البائع الرجوع فيهما - رجع فيهما ولا كلام. وإن نقصت قيمتهما، فصار الثوب بعد الصبغ يساوى اثنى عشر، واختار الرجوع فيهما - فهل يضرب مع الغرماء بثلاثة؟ فيه وجهان:

قال الشيخ أبو حامد: لا يضرب معهم بشيء؛ بل يأخذ الثوب ناقصًا إن اختاره بغير شيء.

وقال ابن الصباغ: يضرب معهم بثلاثة، وهو قياس قول المصنف فى الأولى.

وإن زادت قيمتهما فصار الثوب مصبوغًا يساوى عشرين:

فإن قلنا: إن الزيادة بالعمل لا حكم لها - رجع البائع فى الثوب بزيادته ولا شيء للمفلس.

وإن قلنا: إن الزيادة بالعمل كالعين، كان للبائع خمسة عشر، وللمفلس خمسة.

وإذا اشترى من رجل ثوبًا بعشرة، وصبغه بصبغ يساوى خمسة فصار الثوب مصبوغا يساوى خمسة عشر فإن المشترى يصير شريكًا للبائع بالثلث، وفى كيفية اشتراكهما الوجهان المحكيان فى المسألة الأولى عن أبى على السنجى.

وإن نقصت قيمتهما، فصار الثوب يساوى اثنى عشر، فإن النقصان يصرف إلى الصبغ؛ لأن الظاهر أنه حصل بوروده، فيشاركه المفلس بسدس الثمن، ولبائع الثوب خمسة أسداسه.

وإن زادت قيمتهما فصار يساوى عشرين:

فإن قلنا: إن الزيادة بالعمل لا حكم لها - فإن الزيادة بينهما على قدر مالهما: لبائع الثوب ثلثاها، وللمفلس ثلثها.

وإن قلنا: إن الزيادة بالعمل كالعين - فإن الزيادة كلها للمفلس؛ فيكون لبائع الثوب نصف الثمن، وللمفلس النصف.

وإن اشترى من رجل صبغًا بخمسة، وصبغ به لنفسه ثوبا يساوى عشرة - فلبائع الصبغ أن يرجع فى صبغه، فإن رجع نظرت:

فإن لم تنقص قيمتهما ولم تزد بأن كان الثوب بعد الصبغ يساوى خمسة عشر، فإن البائع يكون شريكًا للمفلس بالثلث، وفى كيفية اشتراكهما الوجهان المحكيان عن أبى على السنجى.

وإن نقصت قيمتهما فصار الثوب يساوى اثنى عشر بعد الصبغ، ففيه وجهان:

قال الشيخ أبو حامد: يشارك البائع المفلس بدرهمين، وهو سدس ثمن الثوب، ولا شىء له غير ذلك.

وقال ابن الصباغ: يشارك البائع المفلس بسدس ثمن الثوب، ويضرب مع الغرماء بثلاثة دراهم.

وإن زادت قيمتهما، فصار الثوب مصبوغًا يساوى عشرين:

فإن قلنا: إن الزيادة بالعمل لا حكم لها، كانت الزيادة بينهما على قدر مالهما: للبائع ثلثها، وللمفلس ثلثاها.

وإن قلنا: إنها كالعين، كانت الزيادة جميعها للمفلس؛ فيكون الثمن بينهما: للبائع خمسة، وللمفلس خمسة عشر.

قال المصنف - رحمه الله تعالى -:

(فصل) وإن كان المبيع أرضًا، فبناها، أو غرسها، فإن أنفق المفلس، والغرماء على قلع البناء، والغراس؛ ثبت للبائع الرجوع فى الأرض؛ لأنه وجد عين ماله خاليًا عن حق غيره؛ فجاز له الرجوع، فإن رجع فيها ثم قلعوا البناء، والغراس، لزم المفلس تسوية الأرض، وأرش نقص، إن حدث بها من القلع؛ لأنه نقص حصل لتخليص ماله، ويقدم ذلك على سائر الديون؛ لأنه يجب لاصلاح ماله، فقدم؛ كعلف البهائم، وأجرة النقال، وإن امتنعوا من القلع؛ لم يجبروا لقوله ﷺ: «ليس لعرق ظالم حق» وهذا غرس، وبناء بحق.

فإن قال البائع: أنا أعطى قيمة الغراس والبناء، وآخذه مع الأرض؛ أو أقلع وأضمن أرش النقص؛ ثبت له الرجوع؛ لأنه يرجع فى عين ماله من غير إضرار، وإن امتنع المفلس، والغرماء من القلع، وامتنع البائع من بذل العوض وأرش النقص؛ فقد روى المزنى فيه قولين:

أحدهما: أنه يرجع.

والثانى: أنه لا يرجع، فمن أصحابنا من قال: إن كانت قيمة الغراس، والبناء أقل

من قيمة الأرض؛ فله أن يرجع؛ لأن الغراس، والبناء تابع؛ فلم يمنع الرجوع.
وإن كانت قيمة الغراس، والبناء أكثر من قيمة الأرض؛ لم يرجع؛ لأن الأرض صارت كالتبع للغراس، والبناء؛ وحمل القولين على هذين الحالين، وذهب المزنى، وأبو العباس، وأبو إسحاق إلى أنها على قولين:
أحدهما: يرجع؛ لأنه وجد عين ماله مشغولًا بملك المفلس؛ فثبت له الرجوع؛ كما لو كان المبيع ثوبًا فصبغه المفلس بصبغ من عنده.
والثانى: لا يرجع؛ لأنه إذا رجع فى الأرض بقى الغراس والبناء من غير طريق، ومن غير شرب، فيدخل الضرر على المفلس، والضرر لا يزال بالضرر.
فإن قلنا: إنه يرجع، وامتنع البائع من بذل العوض، وأرش النقص، وامتنع المفلس، والغرماء من القلع؛ فهل يجبر البائع على البيع؟ فيه قولان:
أحدهما: يجبر؛ لأن الحاجة تدعو إلى البيع؛ لقضاء الدين؛ فوجب أن يباع، كما يباع الصبغ مع الثوب، وإن لم يكن الصبغ له، ويباع ولد المرهونة مع الرهن، وإن لم يدخل فى الرهن.
والثانى: لا يجبر؛ لأنه يمكن إفراد كل واحد منهما بالبيع، ولا يجبر على بيعها مع الغراس، والبناء.
(فصل) وإن كان المبيع أرضًا، فزرعها المشترى، ثم أفلس، واختار البائع الرجوع فى الأرض؛ جاز له؛ لأنه وجد عين ماله مشغولًا بما ينقل؛ فجاز له الرجوع فيه؛ كما لو كان المبيع دارًا، وفيها متاع للمشترى، فإن رجع فى الأرض، نظرت فى الزرع، فإن استحصد؛ وجب نقله، وإن لم يستحصد، جاز تركه إلى أوان الحصاد من غير أجرة؛ لأنه زرعه فى ملكه، فإذا زال الملك، جاز ترك الزرع إلى أوان الحصاد من غير أجرة؛ كما لو زرع أرضه، ثم باع الأرض.
(الشرح) حديث: «ليس لعرق ظالم حق»، أخرجه مالك[1]، عن هشام بن عروة عن أبيه مرسلا (من أحيا أرضا ميتة فهى له وليس لعرق ظالم حق).
قال ابن عبد البر فى التمهيد[2]: وهذا الحديث مرسل عند جميع الرواة عن مالك

(١) ٢/ ٧٤٣ كتاب الأقضية باب القضاء فى عمارة الموات (٢٦).
(٢) (٢٢/ ٢٨٠).

لا يختلفون فى ذلك واختلف فيه على هشام فروته عنه طائفة عن أبيه مرسلا، كما رواه مالك وهو أصح ما قيل فيه إن شاء الله، وروته طائفة عن هشام عن أبيه عن سعيد بن زيد، وروته طائفة عن هشام عن وهب بن كيسان عن جابر، وروته طائفة عن هشام عن عبيد الله بن عبد الرحمن بن رافع عن جابر، وبعضهم يقول فيه: عن هشام عن عبيد الله بن أبى رافع عن جابر، وفيه اختلاف كثير. . . اهـ.

وقد روى هذا الحديث مرسلا أيضًا أبو عبيد القاسم بن سلام فى الأموال[١] من طريق سعيد بن عبد الرحمن الجمحى وأبى معاوية كلاهما عن هشام بن عروة به.

وأخرجه مرسلا أيضًا البيهقى[٢]، من طريق سفيان بن عيينة عن هشام بن عروة به «من أحيا مواتا من الأرض فهى له وليس لعرق ظالم حق».

فاتفق هنا مالك وسفيان بن عيينة وأبو معاوية وسعيد بن عبد الرحمن الجمحى فى رواية هذا الحديث عن هشام بن عروة عن أبيه مرسلا.

وقد توبع هشام بن عروة أيضا فى روايته لهذا الحديث، تابعه أخوه يحيى ابن عروة عن أبيه مرسلا:

أخرجه أبو عبيد فى الأموال[٣]، والبيهقى[٤] من طريق محمد بن إسحاق عن يحيى بن عروة به.

وقد خالف هؤلاء كلهم إسماعيل بن أبى أويس وابن الأجلح.

أما مخالفة إسماعيل بن أبى أويس:

فقد أخرجها أبو يعلى كما فى نصب الراية[٥] قال: حدثنا زهير، ثنا إسماعيل ابن أبى أويس، حدثنى أبى عن هشام بن عروة عن أبيه عن عائشة قلت: قال رسول الله ﷺ: «من أحيا أرضا ميتة فهى له، وليس لعرق ظالم حق».

وذكره الهيثمى فى مجمع الزوائد[٦] وقال: رواه كلّه الطبرانى فى الأوسط بإسنادين

---

(١) ص/ ٢٦٤ (٧٠٤).
(٢) ٦/ ١٤٢ كتاب إحياء الموات باب من أحيا أرضا ميتة.
(٣) ص/ ٢٦٤ - ٢٦٥ رقم (٧٠٧).
(٤) (٦/ ١٤٢).
(٥) (٤/ ٢٨٨).
(٦) (٤/ ١٦٠ - ١٦١).

فى أحدهما عصام بن داود بن الجراح، قال الذهبى: لينه أبو أحمد الحاكم، وبقية رجاله ثقات، وفى إسناد الآخر راو كذاب. اهـ.

وأما مخالفة ابن الأجلح:

فقد أخرجها القضاعى فى مسند الشهاب[١] من طريق يحيى بن المنذر: ثنا ابن الأجلح عن هشام بن عروة عن أبيه عن عائشة به.

وقد توبع هشام على هذا الحديث أيضا، تابعه الزهرى عن عروة عن عائشة به:

أخرجه أبو داود الطيالسى[٢]، والدارقطنى[٣]، والبيهقى[٤]، وابن عبد البر فى التمهيد[٥] كلهم من طريق زمعة بن صالح عن الزهرى عن عروة عن عائشة قالت: قال رسول الله ﷺ «العباد عباد الله، والبلاد بلاد الله، فمن أحيا من موات الأرض شيئا فهو له، وليس لعرق ظالم حق».

وزمعة بن صالح:

قال البخارى فى التاريخ الكبير[٦]: يخالف فى حديثه، تركه ابن مهدى أخيرا.

وقال فى علل الترمذى[٧]: هو منكر الحديث كثير الغلط.

وقال الترمذى فى السنن[٨]: ضعفه بعض أهل الحديث من قبل حفظه.

وقال النسائى فى الضعفاء والمتروكين[٩]: ليس بالقوى مكى كثير الغلط عن الزهرى.

والحديث ذكره ابن أبى حاتم فى العلل[١٠] وقال: سألت أبى عن حديث رواه أبو داود عن زمعة عن الزهرى عن عروة عن عائشة قالت: قال رسول الله ﷺ: «العباد عباد الله، والبلاد بلاد الله، من أحيا من موات الأرض شيئا فهو له، وليس

---

(١) (٢/٢٠٣) رقم (١١٨٧).
(٢) (١٣٩٥).
(٣) (٤/٢١٧) كتاب الأقضية (٥٠).
(٤) ٦/١٤٢ كتاب إحياء الموات باب من أحيا أرضا ميتة.
(٥) (٢٢/٢٨٣).
(٦) (٣/١٥٠٥).
(٧) ص (١٥٨).
(٨) (٣٧٨٤).
(٩) (٢٢٠).
(١٠) ١٠/٤٧٤ (١٤٢٢).

لعرق ظالم حق» قال أبى: هذا حديث منكر، إنما يرويه من غير حديث الزهرى عن عروة مرسلا. اهـ.

وقال ابن عبد البر فى التمهيد[١]: هذا الاختلاف على عروة يدل على أن الصحيح فى إسناد هذا الحديث عنه الإرسال كما روى مالك ومن تابعه. اهـ.

لكن لهذا الحديث شاهد من حديث فضالة بن عبيد ذكره الهيثمى فى مجمع الزوائد[٢]عنه قال: قال رسول الله ﷺ: «الأرض أرض الله، والعباد عباد الله، من أحيا مواتا فهو له».

قال الهيثمى: رواه الطبرانى فى الكبير ورجاله رجال الصحيح. اهـ.

ذكر الاختلاف على هشام فى هذا الحديث وتوضيح كلام ابن عبد البر.

قال ابن عبد البر: وروته طائفة عن هشام عن أبيه عن سعيد بن زيد.

وهذا الطريق أخرجه الترمذى[٣]، وأبو داود[٤]، وأبو يعلى[٥]، والبزار كما فى نصب الراية[٦]، والبيهقى[٧]، وابن عبد البر فى التمهيد[٨]كلهم من طريق عبد الوهاب الثقفى عن أيوب عن هشام بن عروة عن أبيه عن سعيد بن زيد عن النبى ﷺ قال: «من أحيا أرضًا ميتة فهى له، وليس لعرق ظالم حق».

وقال الترمذى: حسن غريب، وقد رواه بعضهم عن هشام بن عروة عن أبيه مرسلا.

وقال البزار: لا نعلم أحدا قال: عن هشام بن عروة عن أبيه عن سعيد بن زيد إلا عبد الوهاب عن أيوب عن هشام.

وكلام البزار عقب الحديث يشعر بشذوذ هذا الطريق.

قال ابن عبد البر: وروته طائفة عن هشام عن وهب بن كيسان عن جابر: أخرجه

---

(١) (٢٢/ ٢٨٣).
(٢) (٤/ ١٦٠).
(٣) ٣/ ٦٥٣ كتاب الأحكام باب ما ذكر فى إحياء الأرض الموات (١٣٧٨).
(٤) (٢/ ١٩٤) كتاب الخراج والفىء والإمارة باب فى إحياء الموات (٣٠٧٣).
(٥) ٢/ ٢٥٢ (٩٥٧).
(٦) (٤/ ٢٨٩).
(٧) (٦/ ١٤٢) كتاب إحياء الموات باب من أحيا أرضًا ميتة.
(٨) (٢٢/ ٢٨١).

الترمذى[١]، وأحمد[٢]، وأبو يعلى[٣]، وابن حبان[٤]، من طرق عن هشام بن عروة عن وهب بن كيسان عن جابر، أن النبى ﷺ قال: «من أحيا أرضا ميتة فهى له».

قال الترمذى: حسن صحيح.

وصححه ابن حبان.

قال ابن عبد البر: وروته طائفة عن هشام عن عبيد الله بن عبد الرحمن بن رافع عن جابر: أخرجه أحمد[٥]، والدارمى[٦]، وأبو عبيد[٧]، وابن حبان[٨]، من طريق هشام عن عبيد الله بن عبد الرحمن بن رافع عن جابر به.

وعبيد الله بن عبد الرحمن ذكره ابن حبان فى الثقات.

وقال الحافظ فى التقريب[٩]: مستور.

وينتهى إلى هنا توضيح كلام ابن عبد البر، وهناك وجوه أخر فى الاختلاف على هشام بن عروة فى هذا الحديث:

فقد أخرجه الطبرانى فى الأوسط كما فى نصب الراية[١٠] من طريق مسلم بن خالد الزنجى عن هشام بن عروة عن أبيه عن عبد الله بن عمرو عن النبى ﷺ قال: «من أحيا أرضا ميتة فهى له، وليس لعرق ظالم حق».

قال الطبرانى: تفرد به مسلم بن خالد عن هشام عن أبيه عن عبد الله بن عمرو.

وذكره الهيثمى فى مجمع الزوائد[١١] وقال: رواه الطبرانى فى الأوسط وفيه مسلم ابن خالد الزنجى وثقه ابن معين وغيره، وضعفه أحمد وغيره.

وفى الباب عن جماعة من الصحابة منهم عمرو بن عوف، وسمرة، وعبادة

---

(١) ٣/ ٦٥٣ كتاب الأحكام باب ذكر ما جاء فى إحياء الأرض الموات (١٣٧٨).
(٢) (٣/ ٣٠٤).
(٣) (٤/ ١٣٩) (٢١٩٥).
(٤) (١١٣٩ - موارد).
(٥) (٣/ ٣٢٧).
(٦) ٢/ ٢٦٧ كتاب البيوع باب من أحيا أرضا ميتة فهى له.
(٧) ص/ ٢٦٤ رقم (٧٠٢).
(٨) (١١٣٧ - موارد).
(٩) (١/ ٥٣٦).
(١٠) (٤/ ٢٨٩).
(١١) (٤/ ١٦١).

ابن الصامت، وأبو أسيد، وابن عباس.

أما حديث عمرو بن عوف:

فأخرجه الطبرانى فى الكبير كما فى مجمع الزوائد[١] من طريق كثير بن عبد الله بن عمرو بن عوف عن أبيه عن جده مرفوعا بمثل حديث سعيد بن زيد.

وقال الهيثمى: رواه الطبرانى فى الكبير وفيه كثير بن عبد الله، وهو ضعيف.

والحديث ذكره الزيلعى فى نصب الراية[٢] وعزاه لابن أبى شيبة والبزار فى مسنديهما والطبرانى فى معجمه.

وأما حديث سمرة:

فأخرجه أبو داود[٣]، وأحمد[٤]، والطيالسى[٥]، وابن أبى شيبة[٦]، وابن الجارود[٧]، والبيهقى[٨] من طرق عن قتادة عن الحسن عن سمرة قال: قال نبى الله ﷺ: «من أحاط على شى فهو أحق به». وزاد بعضهم: «وليس لعرق ظالم حق».

وأما حديث عبادة بن الصامت:

فأخرجه أحمد[٩] من طريق إسحاق بن يحيى بن الوليد عن عبادة بن الصامت قال: «إن من قضاء رسول الله ﷺ أنه ليس لعرق ظالم حق».

وذكره الهيثمى فى مجمع الزوائد[١٠] وقال: رواه الطبرانى فى الكبير وإسحاق ابن يحيى لم يدرك عبادة.

وأما حديث أبى أسيد:

فأخرجه يحيى بن آدم فى الخراج[١١].

---

(١) (٤/١٦٠).
(٢) (٤/٢٩٠).
(٣) ٢/١٩٥).
(٤) (٥/١٢، ٢١).
(٥) (٦٠).
(٦) (٧/٧٦).
(٧) (١٠١٥).
(٨) (٦/١٤٨).
(٩) (٥/٣٢٦ - ٣٢٧).
(١٠) (٤/١٧٧).
(١١) (٢٧٦).

وأما حديث ابن عباس:

فأخرجه الطبراني كما في نصب الراية[١]، وابن عدى في الكامل[٢] من طريق عمر ابن رياح عن ابن طاوس عن أبيه عن ابن عباس قال: قال رسول الله ﷺ: «من أحيا أرضًا ميتة فهو أحق بها».

قال ابن عدى: عمرو بن رياح هو مولى ابن طاوس، ويروى عن ابن طاوس بالبواطيل ما لا يتابعه أحد عليه، والضعف بيِّن على حديثه. أ. هـ.

وبالجملة فالحديث صحيح، وقد صححه الألباني في الإرواء[٣].

قوله: «والغراس»: الغرس في اللغة: مصدر غرس يغرس، يقال: غرس الشجر غرسًا، إذا أثبته في الأرض، كأغرسه، والغراس: ما يغرس من الشجر، ووقت الغرس، ويطلق الغرس على نفس الشجرة والفسيلة أو القضيب الذي يغرس[٤].

قوله: ليس لعرق ظالم حق[٥]، قوله - عليه الصلاة والسلام -: «ليس لعرق ظالم حق»[٦] يُروى بالإضافة وبالتنوين، والأول أشبه، ويكون معناه: ليس لظالم حق فيما فعله تعديًا وظلمًا، ويكون من التعبير بالبعض عن الجملة، وهو في الكلام كثير.

وقد قال الخطابي[٧]: من الناس من يرويه على إضافة العرق إلى الظالم، وهو: الغارس الذي غرس في غير حقه، ومنهم من يجعل الظالم من نعت العِرْق، يريد: الغراس والشجر، جعله ظالمًا؛ لأنه ينبت في غير حق. قال أبو عبيد[٨]: العرق الظالم هو: أن يجيء الرجل إلى أرض قد أحياها رجل قبله، فيغرس فيها غرسًا، أو يحدث فيها بناء.

قوله: «من غير إصرار»: الإصرار لغة: مداومة الشيء وملازمته والثبوت

---

(١) (٤/ ٢٩٠).
(٢) (٥/ ٥١).
(٣) (٥/ ٣٥٤)، (٦/ ٤).
(٤) ينظر: لسان العرب، والمصباح المنير، والمعجم الوسيط مادة (غرس).
(٥) ينظر: المغني في الإنباء ١/ ٣٥١ - ٣٥٢.
(٦) ينظر: الفائق ٢/ ٤١٠، والنهاية ٣/ ٢١٩.
(٧) ينظر: معالم السنن ٣/ ٤٦.
(٨) ينظر: غريب الحديث ١/ ٢٩٥.

عليه[١].

واصطلاحًا: الإصرار: هو العزم بالقلب على الأمر وعلى ترك الإقلاع عنه[٢].

وأكثر ما يستعمل الإصرار فى الشر والإثم والذنوب[٣].

قوله: «شرب»: الشرب فى اللغة: الحظ والنصيب من الماء. قال - تعالى -: حكاية عن نبيه صالح - عليه الصلاة والسلام -: ﴿قَالَ هَٰذِهِۦ نَاقَةٌ لَّهَا شِرْبٌ وَلَكُمْ شِرْبُ يَوْمٍ مَّعْلُومٍ﴾ [الشعراء: ١٥٥]، ويطلق على الماء عينِهِ، وعلى النوبة: وهى الوقت المحدد لاستحقاق الشرب، وعلى المورد، والجمع: أشراب[٤].

وفى الاصطلاح هو: نوبة الانتفاع، أو زمن الانتفاع بالشرب لسقى الشجر أو الزرع[٥].

الأحكام: إذا اشترى رجل من رجل أرضًا بثمن فى ذمته، فغرسها بغراس من عنده، أو بنى فيها بناء بآلة منه، ثم أفلس قبل دفع الثمن، فأراد البائع الرجوع فى أرضه -: فإن اتفق المفلس والغرماء على قلع الغراس والبناء من الأرض، جاز لهم ذلك؛ لأن الحق لهم، وجاز لبائع الأرض أن يرجع فيها؛ لأنها عين ماله لم يتعلق بها حق غيره، فإذا رجع البائع فيها، ثم قلعوا البناء والغراس، لزمهم تسوية الأرض، وأرش ما نقص إن حصل بها لأجل القلع؛ لأن ذلك حدث؛ لتخليص ملكهم؛ فهو كما لو دخل فصيل إلى دار رجل ولم يخرج إلا بنقض الباب، فلرب الفصيل نقض الباب وإخراج فصيله، وعليه إصلاح الباب، ويكون ذلك مقدمًا على حق سائر الغرماء.

فإن قيل: أليس قد قلتم: إن البائع إذا وجد عين ماله ناقصة فرجع فيها، فإنه لا شىء له؟! قلنا: الفرق بينهما: أن النقص حصل فى ملك المشترى فلم يضمنه إلا فيما يتقسط عليه الثمن، وههنا حدث النقص بعد رجوع البائع فى أرضه، والنقص حصل لتخليص ملكهم؛ فضمنوه. وإن لم يرض المفلس والغرماء بقلع الغراس

---

(١) ينظر: المصباح (صرر).
(٢) ينظر: تفسير القرطبى ٤/ ٢١١.
(٣) ينظر: اللسان (صرر).
(٤) ينظر: اللسان (شرب).
(٥) ينظر: ابن عابدين (٥/ ٢٨١)، وبدائع الصنائع (٦/ ١٨٨).

والبناء لم يكن لبائع الأرض إجبارهم على ذلك؛ لقوله ﷺ: «ليس لعرق ظالم حق»، وهذا ليس ظالمًا؛ لأنه غرسه فى ملكه.

إذا ثبت هذا: فإنهم لا يجبرون، فإن بذل البائع قيمة الغراس والبناء؛ ليملكه مع الأرض، أو قال: أنا أقلع ذلك وأضمن أرش ما دخل بالقلع من النقص - أجبر المفلس والغرماء على ذلك، وكان لبائع الأرض الرجوع فيها؛ لأن الضرر يزول عن الجميع بذلك.

وإن قال بائع الأرض: أرجع فيها وأقر الغراس والبناء، وآخذ أجرة الأرض - قال المسعودى: كان له ذلك.

وإن امتنع المفلس والغرماء من القلع، وامتنع بائع الأرض من بذل قيمة الغراس والبناء وأرش ما حصل بالقلع - فهل له أن يرجع فى أرضه؟ قال الشافعى - رحمه الله - فى موضع: له أن يرجع فيها، وقال فى موضع: يسقط حقه من الرجوع فيها.
واختلف أصحابنا فيها:

فمنهم من قال: فيها قولان:

أحدهما: للبائع أن يرجع فى أرضه وإن لم يدفع قيمة الغراس والبناء؛ لقوله ﷺ: «فصاحب المتاع أحق بمتاعه إذا وجده بعينه»، ولم يفرق، ولأن أكثر ما فيه أنه وجد ملكه مشغولًا بملك غيره، وذلك لا يسقط حقه فى الرجوع؛ كما لو باع ثوبًا فصبغه المشترى بصبغ من عنده.

والثانى: ليس له الرجوع فى أرضه؛ لأن الأرض قد صارت مشغولة فى ملك غيره فسقط حقه من الرجوع فيها، كما لو اشترى من رجل مسامير وسمر بها بابًا ثم أفلس البائع؛ فإنه ليس للبائع للمسامير أن يرجع فيها. ولأن رجوع البائع فى عين ماله إنما جعل له؛ لإزالة الضرر عنه، فلو جوزنا له الرجوع ههنا لأزلنا عنه الضرر وألحقناه بالمفلس والغرماء؛ لأنه لا يبقى لهما طريق إلى غراسهم وبنائهم.

ومنهم من قال: ليست على قولين؛ وإنما هى على اختلاف حالين:

فالموضع الذى قال فيه: «يرجع فى أرضه ولا يدفع قيمة الغراس والبناء» - إذا كانت قيمة الأرض أكثر من قيمة الغراس والبناء؛ لأن الغراس والبناء تابعان للأرض.

والموضع الذى قال فيه: «لا يرجع فى الأرض» - إذا كانت قيمة الغراس والبناء أكثر من قيمة الأرض؛ لأن الأرض تكون تابعة للغراس والبناء.

والصحيح أنها على قولين؛ لأن بائع الأرض لو بذل قيمة الغراس والبناء لكان له الرجوع فى أرضه، سواء كانت قيمة الأرض أكثر من قيمة الغراس والبناء أو أقل.

فإذا قلنا: ليس له الرجوع فى أرضه فلا كلام. وإن قلنا: له الرجوع فى أرضه وإن لم يدفع قيمة الغراس والبناء، فرجع فيها - نظرت: فإن اتفق الغرماء والمفلس والبائع على بيع الأرض والغراس والبناء، بيعًا وقسم الثمن عليهما على قدر قيمتهما، وكيفية ذلك أن يقال: كم قيمة الأرض ذات غراس أو بناء؟ فإن قيل: خمسون، قيل: وكم قيمة الغراس أو البناء مفردًا؟ فإن قيل: خمسون، كان الثمن نصفين: لبائع الأرض النصف، وللغرماء والمفلس النصف. وإنما قومت الأرض ذات غراس وبناء؛ لأن قيمتها أنقص وقد استحق الرجوع فيها ناقصة.

وإن امتنع من بيع الأرض ففيه قولان:

أحدهما: يجبر على بيعها مع البناء والغراس، ويقسم الثمن على قدر قيمتهما، على ما ذكرناه من التقسيط؛ لأن الحاجة تدعو إلى البيع؛ لقضاء الدين؛ فبيع الجميع؛ كما لو كان المبيع ثوبًا فصبغه المفلس بصبغ من عنده، فرجع بائع الثوب فيه، وامتنع من دفع قيمة الصبغ - فإن الثوب يباع مع الصبغ، وكذلك إذا كان المبيع جارية فولدت فى يد المشترى، ورجع بائع الجارية فيها؛ فإنها تباع مع الولد.

القول الثانى: لا يجبر البائع على بيع أرضه، وهو المشهور؛ لأنه يمكن إفراد الغراس والبناء بالبيع، فلم يجبر البائع على بيع أرضه، بخلاف الصبغ؛ فإنه لا يمكن إفراده بالبيع، وكذلك ولد الجارية إنما وجب بيعه؛ لأنه لا يجوز التفريق بينها وبين ولدها الصغير.

وحكى الشيخ أبو حامد: أن من أصحابنا من قال: تؤاجر الأرض والغراس، ثم يكون ما قابل الأرض فى الأجرة لبائعها، وما قابل الشجر للمفلس والغرماء. قال الشيخ أبو حامد: وهذا خطأ؛ لأن إجارة الشجر لا تجوز؛ ولهذا لو غصب شجرة وأقامت فى يده لم تجب عليه أجرتها.

(فرع): وإن اشترى من رجل أرضًا بثمن فى ذمته، ومن آخر غراسًا فى ذمته، فغرسه فى الأرض، ثم أفلس قبل تسليم الثمنين - فلكل واحد من البائعين الرجوع فى عين ماله، فإذا رجعا نظرت:

فإن أراد صاحب الغراس قلع غراسه كان له ذلك، ولم يكن لبائع الأرض منعه

منه، فإذا قلعه كان عليه تسوية الأرض وأرش النقص إن حصل بها؛ لأن ذلك حصل لتخليص ملكه.

وإن أراد صاحب الأرض قلع الغراس، ويضمن أرش النقص أو بذل قيمة الغراس ليتملكه مع الأرض - كان له ذلك؛ لأنه متصل بملكه؛ فكان له إسقاط حقه منه بدفع قيمته.

وإن أراد صاحب الأرض قلع الغراس من غير ضمان، فهل يجبر بائع الغراس على ذلك؟ فيه وجهان:

أحدهما: ليس له ذلك؛ لأنه ليس بعرق ظالم، ولأنه لو كان باقيًا على ملك المفلس لم يكن لصاحب الأرض أن يطالب بقلعه من غير ضمان؛ فكذلك من انتقل إليه منه.

والثاني: له ذلك؛ لأنه إنما باع منه الغراس مقلوعًا، فكان عليه أن يأخذه مقلوعًا، ويفارق المفلس؛ لأنه غرسه فى ملكه؛ فثبت حقه فى ذلك.

فرع: قال ابن الصباغ: إذا اشترى من رجل حبًا فزرعه فى أرضه، ومن آخر ماء فسقاه به، فنبت وأفلس - فإنهما يضربان بثمن الماء والحب مع الغرماء، ولا يرجعان بالزرع؛ لأن عين مالهما غير موجودة فيه، فهو كما لو اشترى طعامًا فأطعمه عبده حتى كبر؛ فإنه لا حق له فى العبد، ولأن نصيب الماء غير معلوم لأحد من الخلق.

قال العمرانى: وقد مضى فى البذر وجه آخر: أنه يرجع فيهما؛ فيحتمل أن يكون لابن الصباغ اختيار أحدهما.

قال المصنف - رحمه الله تعالى -:

(فصل) وإن كان المبيع من ذوات الأمثال كالحبوب، والأدهان، فخلطه بجنسه؛ نظرت: فإن خلطه بمثله، كان للبائع أن يرجع؛ لأن عين ماله موجود من جهة الحكم، ويملك أخذه بالقسمة، فإن رجع، واتفقا على القسمة؛ قسم ودفع إليه مثل مكيلته، فإن طلب البائع البيع، فهل يجبر المفلس؟ فيه وجهان:

أحدهما: لا يجبر؛ لأنه تمكن القسمة، فلا يجبر على البيع؛ كالمال بين الشريكين.

والثاني: يجبر؛ لأنه إذا بيع وصل البائع إلى بدل ماله بعينه، وإذا قسم، لم يصل إلى جميع ماله، ولا إلى بدله، وإن خلطه بأردأ منه؛ فله أن يرجع؛ لأن عين ماله

موجودة من طريق الحكم، فملك أخذه بالقسمة، وكيف يرجع فيه؟ وجهان:

قال أبو إسحاق: يباع الزيتان، ويقسم ثمنه بينهما على قدر قيمتهما؛ لأنه إن أخذ مثل زيته بالكيل؛ كان ذلك أنقص من حقه، وإن أخذ أكثر من زيته، كان ربًا، فوجب البيع.

والثانى - وهو المنصوص -: أنه يأخذ مثل زيته بالكيل؛ لأنه وجد عين ماله ناقصًا، فرجع فيه مع النقص؛ كما لو كان عين ماله ثوبًا، فحدث به عيب عند المشترى، فإن خلطه بأجود منه؛ ففيه قولان:

أحدهما: يرجع، وهو قول المزنى؛ لأنه وجد عين ماله مختلطًا بما لا يتميز عنه، فأشبه إذا خلطه بمثله، أو كان ثوبًا فصبغه.

والثانى: أنه لا يرجع؛ لأن عين ماله غير موجود حقيقةً؛ لأنه اختلط بما لا يمكن تمييزه منه حقيقةً، ولا حكمًا؛ لأنه لا يمكن المطالبة بمثل مكيلته منه، ويخالف إذا خلطه بمثله؛ لأنه تمكن المطالبة بمثل مكيلته، ويخالف الثوب إذا صبغه؛ لأن الثوب موجود، وإنما تغير لونه.

فإن قلنا: إنه يرجع، فكيف يرجع؟ فيه قولان:

أحدهما: يباع الزيتان، ويقسم ثمنه بينهما، على قدر قيمتهما؛ لأنه لا يمكن أن يأخذ مثل زيته بالكيل؛ لأنه يأخذ أكثر من حقه، ولا يمكن أن يأخذ أقل من زيته بالكيل؛ لأنه ربًا، فوجب البيع.

والثانى: يرجع من الزيت بقيمة مكيلته، فيكون قد أخذ بعض حقه، وترك بعضه باختياره.

(الشرح) قوله: «فإن خلطه أجود»: الخلط فى اللغة: مصدر خلط الشىء بغيره يخلطه خلطًا، إذا مزجه به وخلّطه تخليطًا فاختلط: امتزج.

والخلط أعم من أن يكون فى المائعات ونحوها مما لا يمكن تمييزه، أو غيرها مما يمكن تمييزه بعد الخلط، كالحيوانات، وكل ما خالط الشىء، فهو خلط.

وجاء فى الكليات: الخلط: الجمع بين أجزاء شيئين فأكثر: مائعين، أو جامدين، أو متخالفين[1].

---

(١) ينظر: تاج العروس، والمصباح المنير، والكليات مادة: (خلط).

والجودة فى اللغة: ضد الرداءة مصدر جاد، يقال: جاد الشيء جُودة وجَودة - بالضم والفتح - أى: صار جيدًا. ويكون جاد من الجود بمعنى الكرم يقال: الرجل يجود جودًا فهو جواد، والجمع: أجواد، ويقال: أجاد الرجل إجادة، إذا أتى بالجيد من قول أو فعل(١).

الأحكام: إذا ابتاع شيئًا من ذوات الأمثال فخلطه بجنسه، ولم يتميز ففيه ثلاث مسائل:

إحداهن: أن يخلطه بمثله، مثل أن يشترى صاعًا من زيت يساوى أربعة دراهم فخلطه بصاع من زيت يساوى أربعة دراهم، وأفلس المشترى قبل دفع الثمن، فللبائع أن يرجع فى عين ماله؛ لأنها موجودة من جهة الحكم، فإن طلب البائع قسمة الزيت أجبر المفلس والغرماء على القسمة؛ كما لو ورث جماعة زيتًا وطلب واحد منهم قسمته، فإنه يقسم ويجبر الممتنع. وإن طلب البائع بيع الزيت وقسمة ثمنه، فهل يجبر المفلس على ذلك؟ فيه وجهان:

أحدهما: لا يجبر على البيع؛ لأن البائع يمكنه الوصول إلى حقه من جهة القسمة؛ فلم يكن له المطالبة بالبيع، كما لو ورث جماعة زيتًا وطلب واحد منهم البيع؛ فإن شركاءه لا يجبرون على البيع.

والثاني: يجبر المفلس على البيع؛ لأن البائع بالقسمة لا يصل إلى عين ماله، وربما كان له غرض فى ألا يأكل من زيت المشترى.

المسألة الثانية: إذا خلطه بزيت أجود من زيته؛ بأن يشترى صاعًا من زيت يساوى درهمين فخلطه بصاع من زيته يساوى أربعة دراهم، وأفلس المشترى قبل دفع الدرهمين، فهل للبائع أن يرجع فى عين ماله؟ فيه قولان:

أحدهما: له أن يرجع - وهو اختيار المزنى - لأنه ليس فيه أكثر من أنه وجد عين ماله مختلطا بمال المفلس، وذلك لا يمنع الرجوع؛ كما لو اشترى ثوبًا فصبغه بصبغ من عنده؛ فإن لبائع الثوب أن يرجع فيه.

---

(١) ينظر: المعجم الوسيط والصحاح، ولسان العرب، مادة: (جود) و (ردأ) وجمهرة اللغة ٣/ ٢٤١، ونهاية المحتاج ٤/ ٢٠٨ وتحفة المحتاج بشرح المنهاج ٥/ ٢٣٢، وروضة الطالبين ٤/ ٢٣١، ومطالب أولى النهى ٣/ ٢١٢ .

الثانى: ليس له أن يرجع فى عين ماله قاله الشافعى - رحمه الله -: وهذا أصح، وبه أقول؛ لأنه لا يجوز له أن يرجع بمثل ماله مكيلة؛ لأن ذلك أكثر قيمة من عين ماله، ولا بقيمة صاعه؛ لأن ذلك أنقص من حقه، فإذا قلنا بهذا ضرب مع الغرماء بالثمن، وإذا قلنا بالأول، فكيف يرجع؟ فيه قولان حكاهما المصنف وابن الصباغ، وأما الشيخ أبو حامد فحكاهما وجهين:

أحدهما - هو اختيار ابن الصباغ -: يباع الزيتان ويأخذ قيمة ثلثى صاع وهو درهمان؛ لأنا لو قلنا له الرجوع فى ثلثى صاع لكان ذلك ربا.

والثانى - وهو اختيار الشيخ أبى حامد، قال: وهو المنصوص فى الأم -: أنه يرجع فى ثلثى صاع؛ لأنه ليس ببيع، وإنما وضع ذلك عن مكيلة زيته.

المسألة الثالثة: إذا خلطه بأردأ من زيته؛ بأن اشترى صاعا من زيت يساوى أربعة دراهم، فخلطه بصاع من زيته يساوى درهمين، فللبائع أن يرجع فى عين ماله قولا واحدًا؛ لأن عين ماله موجودة من طريق الحكم، فإن رضى البائع بأخذ صاع منه أجبر المفلس على ذلك؛ لأنه أنقص من حقه، وإن لم يرض البائع بذلك، ففيه ثلاثة أوجه حكاها الشيخ أبو حامد:

أحدها: ليس له إلا صاع منه؛ لأنه وجد عين ماله ناقصًا، فإذا اختار الرجوع فيه لم يكن له غيره؛ كما لو كان المبيع ثوبًا فلبسه المشترى ونقص.

والثانى - وهو قول أبى إسحاق، ولم يذكر ابن الصباغ غيره أن الصاعين يباعان ويدفع إلى البائع قيمة صاعه، وهى أربعة دراهم؛ كما فى المسألة قبلها؛ لأنه إن أخذ مثل كيل زيته كان أنقص من حقه، وإن أخذ أكثر من مكيلة زيته كان هذا ربا.

والثالث - حكاه ابن المرزبان -: أن له أن يأخذ منه صاعًا وثلث صاع بقيمة صاع من زيته؛ كما قال الشافعى - رحمه الله - فى المسالة قبله. والأول أصح.

فرع: وإن اشترى عنبا، فخلطه بعنب له أو رطبًا فخلطه برطب له، ثم أفلس - فهل للبائع أن يرجع فى عين ماله؟ فيه قولان، قال الشيخ أبو حامد: وعندى أن هذين القولين مأخوذان من القسمة: هل هى بيع أو إقرار حق؟ فإن قلنا: إنها بيع لم يجز؛ لأن له الرجوع، فعلى هذا يضرب مع الغرماء بالثمن، وإن قلنا: إنها إقرار حق، فله الرجوع، وكيفية الرجوع على ما مضى فى المسائل الثلاث إذا خلطه بمثله أو بأجود منه أو بأردأ منه.

قال المصنف - رحمه الله تعالى -:

(فصل) وإن أسلم إلى رجل فى شىء، وأفلس المسلم إليه، وحجر عليه، فإن كان رأس المال باقيًا؛ فله أن يفسخ العقد، ويرجع إلى عين ماله؛ لأنه وجد عين ماله خاليًا من حق غيره، فرجع إليه؛ كالمبيع وإن كان رأس المال تالفًا؛ ضرب مع الغرماء بقدر المسلم فيه، فإن لم يكن فى ماله الجنس المسلم فيه؛ اشترى ودفع إليه؛ لأن أخذ العوض عن المسلم فيه، لا يجوز.

وقال أبو إسحاق: إذا أفلس المسلم إليه، فللمسلم أن يفسخ العقد، ويضرب مع الغرماء برأس المال؛ لأنه يتعذر تسليم المسلم فيه؛ فثبت الفسخ؛ كما لو أسلم فى الرطب، فانقطع. والمذهب: أنه لا يثبت الفسخ؛ لأنه غير واجد لعين ماله، فلم يملك الفسخ بالإفلاس؛ كما لو باعه عينًا، فأفلس المشترى بالثمن، والعين تالفة، ويخالف إذا أسلم (إليه فى رطب)، وانقطع الرطب؛ لأن الفسخ هناك لتعذر المعقود عليه قبل التسليم، وههنا الفسخ بالإفلاس، والفسخ بالإفلاس إنما يكون لمن وجد عين ماله، وهذا غير واجد لعين ماله، فلم يملك الفسخ.

(الشرح) الأحكام: إذا أسلم رجل إلى غيره فى شىء على صفة، ثم أفلس المسلم قبل أن يأخذ المسلم فيه: فإن أراد المسلم أن يأخذ المسلم فيه بدون الصفة التى أسلم فيها، لم يجز من غير رضا الغرماء؛ لأن حقوقهم تعلقت بماله، وإن رضى المفلس والغرماء بذلك جاز؛ لأن الحق لهم ولا يخرج عنهم.

فإن قيل: ما الفرق بين هذا وبين المكاتب إذا أذن له سيده فى أن يبرئه عن الدين أنه لا يصح إبراؤه فى أحد القولين؟

قلنا: الفرق بينهما على هذا القول أن المفلس كامل الملك إلا أنه منع من التصرف فى ماله؛ لتعلق حق الغير بماله، فإن أذن له ذلك الغير فى التصرف بماله صح تصرفه؛ كالمرتهن إذا أذن للراهن، وليس كذلك المكاتب؛ فإن المنع لنقصان ملكه، فإذا أذن له سيده لم يتكامل ملكه بذلك.

فإن كان المفلس هو المسلم، إليه فحجر عليه قبل أن يقبض المسلم المسلم فيه: فإن كان رأس المال باقيًا كان للمسلم أن يفسخ عقد السلم ويرجع فى رأس ماله؛ كما قلنا فيمن باع عينًا من رجل فأفلس المشترى. وإن كان رأس المال تالفًا فللمسلم أن يضرب مع الغرماء بالمسلم فيه فإن كان المسلم فيه، موجودًا فى مال المسلم إليه

أخذ ما يخصه من ماله منه، وإن كان معدومًا اشترى له بما يخصه من ماله من جنس المسلم فيه؛ لأن أخذ العوض عن المسلم فيه لا يجوز.

قال أبو إسحاق: المسلم بالخيار أن يقيم بالعقد ويضرب مع الغرماء بقدر المسلم فيه، وبين أن يفسخ العقد ويضرب مع الغرماء برأس مال السلم كما قال الشافعى، رحمه الله. والمنصوص: أنه لا يملك فسخ العقد، بل يضرب بقدر المسلم فيه؛ كما أن البائع إذا وجد المبيع تالفًا ليس له أن يفسخ البيع ويضرب بقيمة العين المبيعة، ويفارق إذا انقطع المسلم فيه؛ لأن له غرضًا فى الفسخ، وهو أنه يرجع برأس ماله فى الحال، وعليه مشقة فى التأخير إلى وجود المسلم فيه.

إذا ثبت هذا: فضرب مع الغرماء بقيمة المسلم فيه، وعزل ما يخصه؛ ليشترى له المسلم فيه، فإن أسلم فى مائة أردب ذرة، وكانت قيمة ذلك عند القسمة عشرين دينارًا، فعزل له ذلك، فرخص السعر حتى صارت المائة أردب قبل الابتياع تساوى عشرة - اشترى له مائة أردب بعشرة دنانير وقسمت العشرة الباقية على باقى الغرماء؛ إن بقى لهم من دينهم شىء، أو ردت على المفلس؛ إن استوفى أصحاب الديون حقوقهم. وإن غلا الطعام عند الابتياع فصارت المائة تساوى أربعين دينارًا اشترى له بالعشرين المعزولة خمسين أردبًا. قال الشيخ أبو حامد: ويكون الباقى فى ذمة المسلم إليه. وقال ابن الصباغ: يرجع على الغرماء بما يخصهم من ذلك؛ لأنه قد بان أن حقه فى المسلم فيه دون القيمة.

قال المصنف - رحمه الله تعالى -:

(فصل) وإن (أكرى أرضًا، فأفلس المكترى بالأجرة، فإن كان قبل استيفاء شىء من المنافع، فله أن يفسخ؛ لأن المنافع فى الاجارة؛ كالأعيان المبيعة فى البيع، ثم إذا أفلس المشترى، والعين باقية ثبت له الفسخ، فكذلك إذا أفلس المكترى، والمنافع باقية؛ وجب أن يثبت له الفسخ.

وإن أفلس، وقد استوفى بعض المنافع، وبقى البعض؛ ضرب مع الغرماء بحصة ما مضى، وفسخ فيما بقى؛ كما لو ابتاع عبدين، وتلف عنده أحدهما، ثم أفلس، فإنه يضرب بثمن ما تلف مع الغرماء، ويفسخ البيع فيما بقى، فإن فسخ، وفى الأرض زرع لم يستحصد؛ نظرت: فإن اتفق الغرماء، والمفلس على تبقيته بأجرة إلى وقت الحصاد؛ لزم المكرى قبوله؛ لأنه زرع بحق، وقد بذل له الأجرة لما بقى،

فلزمه قبولها، وإن لم يبذل له الأجرة؛ جاز له المطالبة بقطعه؛ لأن التبقية إلى الحصاد، لدفع الضرر عن المفلس، والغرماء، والضرر لا يزال بالضرر، وفى تبقيته من غير عوض إضرار بالمكرى.

وإن دعا بعضهم إلى القطع، وبعضهم إلى التبقية؛ نظرت: فإن كان الزرع لا قيمة له فى الحال؛ كالطعام فى أول ما يخرج من الأرض؛ لم يقطع؛ لأنه إذا قطع، لم يكن له قيمة، وإذا ترك صار له قيمة، فقدم قول من دعا إلى الترك، وإن كان له قيمة، كالفصيل الذى يقطع؛ ففيه وجهان:

أحدهما: يقدم قول من دعا إلى القطع؛ لأن من دعا إلى القطع؛ تعجل حقه؛ فلم يؤخر.

والثانى: وهو قول أبى إسحاق: أنه يفعل ما هو أحظ، والأول أظهر.

(الشرح) قوله: «بذل» يقال: بذله بذلاً - من باب قتل -: سمح به وأعطاه، وبذله: أباحه عن طيب نفس.

قوله: «الْقَصِيلُ»[1] هو فعيل من القصل، وهو القطع، يقال: سيف قاصل[2] ومقصل، أى: قطّاع، وهو فى الزرع: أن يطلع له قصب، فيقطع ويعلف البهائم.

الأحكام: إن اكترى منه أرضًا بأجرة فى ذمته، فأفلس المكترى بالأجرة قبل دفعها:

فإن كان بعد استيفاء مدة الإجارة ضرب المكرى بالأجرة مع الغرماء، وإن كان قبل أن يمضى شىء من مدة الإجارة فالمكرى بالخيار بين أن يضرب مع الغرماء بالأجرة ويقر العقد، وبين أن يفسخ عقد الإجارة ويرجع إلى منفعة أرضه؛ لأن المنفعة كالعين المبيعة؛ فجاز له الرجوع إليها.

وإن كان بعد مضى شىء من مدة الإجارة فالمكرى بالخيار بين أن يقر العقد ويضرب مع الغرماء بالأجرة، وبين أن يفسخ عقد الإجارة فيما بقى من المدة ويضرب مع الغرماء بالأجرة لما مضى؛ كما نقول فيمن باع عبدين بثمن، فتلف أحدهما فى يد المشترى وبقى الآخر.

---

(١) ينظر: النظم ١/٢٦٨ .

(٢) فى الصحاح: سيف مِقْصَل وقَصَّال: أى قطاع .

إذا ثبت هذا: فإن اختار فسخ عقد الإجارة وفى الأرض زرع: فإن كان قد استحصد، فله أن يطالب المفلس والغرماء بحصاده وتفريغ الأرض، وإن كان الزرع لم يستحصد: فإن اتفق المفلس والغرماء على قطعه جاز، سواء كانت له قيمة أو لم تكن، ولا يعترض عليهم الحاكم؛ لأن الحق لهم. وإن اتفقوا على تركه وبذلوا للمكرى أجرة مثل الأرض إلى الحصاد لزمه قبول ذلك، ولم يكن له مطالبتهم بقلعه.

وإن امتنع المفلس والغرماء من بذل الأجرة كان للمكترى مطالبتهم بقلعه لأنا قد جوزنا له الرجوع إلى عين ماله، وعين ماله هو المنفعة؛ فلا يجوز تفويتها عليه بغير عوض، بخلاف ما لو باع أرضًا وزرعها المشترى وأفلس، ثم رجع بائع الأرض فيها؛ فإنه يلزمه تبقية الزرع إلى الحصاد بغير أجرة؛ لأن المعقود عليه فى البيع هو العين، والمنفعة تابعة لا يقابلها عوض، وإنما دخل المشترى فى العقد على أن يكون بغير عوض، وفى الإجارة المعقود عليه هو المنفعة؛ فلا يجوز استيفاؤها بغير عوض.

وإن اختلف المفلس والغرماء، فقال بعضهم: يقلع، وقال بعضهم: بل يبقى إلى الحصاد -:

فإن كان الزرع لا قيمة له - كالطعام أول خروجه - قُدِّم قول من دعا إلى التبقية؛ لأن من دعا إلى القلع دعا إلى الإتلاف فلم يُجَبْ إلى ذلك.

وإن كان للزرع قيمة كالقصيل ففيه وجهان:

قال أبو إسحاق: يفعل ما فيه الأحظ؛ لأن الحجر يقتضى طلب الحظ.

وقال أكثر أصحابنا: يجاب قول من دعا إلى القلع.

فإن قيل: فما الفرق بين هذا وبين من ابتاع أرضًا وغرسها ثم أفلس المبتاع، وأخذ البائع عين ماله وهو الأرض، وصار الغراس للمفلس والغرماء، فقال بعضهم: يقلع، وقال بعضهم: يبقى - فإنه يقدم قول من قال: يبقى؟

قلنا: الفرق بينهما على هذا الوجه أن من دعا إلى قلع الغراس يريد الإضرار بغيره؛ لأن بيع الغراس فى الأرض أكثر لثمنه؛ فلم يُجَبْ قول من دعا إلى قلعه، وليس كذلك فى الزرع؛ فإن من دعا إلى القلع فيه منفعة من غير ضرر؛ لأن الزرع إذا بقى قد يسلم وقد لا يسلم.

إذا ثبت هذا: فإن اتفقوا على تبقية الزرع إلى الحصاد، واحتاج الزرع إلى مؤنة -: فإن اتفق الغرماء والمفلس على أن ينفقوا عليه من مال المفلس الذى لم يقسم، ففيه وجهان:

أحدهما: لا ينفق منه؛ لأن حصول هذا الزرع مظنون؛ فلا يتلف عليه مال موجود.

والثانى - وهو المذهب -: أن ينفق منه؛ لأن ذلك من مصلحة المال، ويقصد به تنمية المال فى العادة.

وإن دعا الغرماء المفلس إلى أن ينفق عليه وأبى المفلس ذلك، لم يجبر عليه؛ لأنه لا يجب عليه تنمية المال للغرماء، فإن تطوع الغرماء أو بعضهم بالإنفاق عليه من غير إذن المفلس أو الحاكم، لم يرجعوا بما أنفقوا عليه؛ لأنهم متطوعون به، وإن أنفق بعضهم بإذن الحاكم أو المفلس على أن يرجع على المفلس بما أنفق، جاز ذلك، وكان له ذلك فى ذمة المفلس، لا يشارك به الغرماء؛ لأنه وجب عليه بعد الحجر، وإن أنفق عليه بعض الغرماء بإذن باقى الغرماء على أن يرجع عليهم، رجع عليهم بما أنفق من مالهم.

فرع: قال فى الأم: ولو اكترى ظهرًا لتحمل له طعامًا إلى بلد من البلدان، فحمله وأفلس المكترى قبل دفع الأجرة - ضرب المكرى مع الغرماء بالأجرة، وإن أفلس قبل أن يصل إلى البلد نظرت:

فإن كان الموضع الذى بلغ إليه آمنًا كان له فسخ الإجارة فيما بقى من المسافة، ويضع الطعام عند الحاكم. قال ابن الصباغ: وإن وضعه على يد عدل بغير إذن الحاكم ففيه وجهان؛ كالمودع إذا أراد السفر فأودع الوديعة بغير إذن الحاكم فهل تضمن؟ فيه وجهان.

وإن كان الموضع مخوفًا لزمه حمل الطعام إلى الموضع الذى أكراه ليحمله أو إلى موضع دونه يأمن عليه فيه.

وقال فى الأم - أيضًا -: وإن اكترى منه ظهرًا فى ذمته فأفلس المكرى، فإن المكترى يضرب مع الغرماء بقيمة المنفعة إن كان لم يستوف شيئًا منها، أو بقيمة ما بقى منها إن استوفى بعضها؛ لأن حقه متعلق بذمته، كما لو باعه عينًا فى ذمته، فإن كان ما يخصه من مال المفلس لا يبلغ ما اكترى به، وكانت الأجرة باقية - فللمكترى

أن يفسخ الإجارة، ويرجع إلى عين ماله؛ إن كان لم يستوف شيئًا من المنفعة، أو إلى بعضها إن استوفى شيئًا من المنفعة؛ لأن الأجرة كالعين المبيعة.

قال المصنف - رحمه الله تعالى-:

(فصل) إذا قسم مال المفلس بين الغرماء، ففى حجره وجهان:

أحدهما: يزول (عنه) الحجر؛ لأن المعنى الذى لأجله حجر عليه حفظ المال على الغرماء، وقد زال ذلك؛ فزال الحجر، كالمجنون إذا أفاق.

والثانى: لا يزول إلا بالحاكم؛ لأنه حجر ثبت بالحاكم، فلم يزل إلا بالحاكم كالحجر على المبذر.

(الشرح) الأحكام: إذا قسم الحاكم مال المفلس بين غرمائه، فهل يزول عنه الحجر بذلك، أم يفتقر إلى حكم الحاكم؟ فيه وجهان:

أحدهما - وهو موافق لما ذهب إليه المالكية -: يزول عنه الحجر بدون حكم حاكم؛ لأن المعنى الذى كان لأجله الحجر هو حفظ المال على غرماء المفلس، والمال قد زال؛ فزال الحجر بزواله.

وتوضيح ذلك أن الحجر على المدين إنما كان من أجل الاستيلاء على ما تحت يده من مال؛ لقضاء الدين؛ والمال الذى وقع فيه الحجر قد زال عن ملكه؛ فزوال الحجر لزوال السبب، كما يزول الحجر بزوال الجنون.

ولكن قد نوقش هذا التعليل بأن القياس هاهنا قياس مع الفارق؛ فإن الحجر بسبب الجنون قد ثبت بدون حكم حاكم، ولا كذلك حجر المدين؛ فكان زوال الأول بدون حكم معقولا؛ لأنه زال كما ثبت، وكانت إزالة الثانى بحكم الحاكم معقولة؛ لأن الحجر حينئذ أزيل كما أثبت، أو بعبارة أخرى: ثبت بحكم؛ فلا يزال إلا به.

الثانى: لا يزول الحجر عن المفلس إلا بالحاكم؛ لأن هذا الحجر قد ثبت بحكم فلا يزول إلا بحكم، وكما لا يزول الحجر عن السفيه إلا بحكم؛ لأنه لم يثبت إلا بحكم فالحجر على المدين مثله ثبوتًا وزوالا.

ويمكن أن يقال: إن هذا الاستدلال غير ناهض؛ لأن الحجر على المدين لحق الغرماء، أما الحجر على السفيه فلمصلحة نفسه، وأن الحاكم ما حجر على المدين

ومنعه عن التصرف فى ماله إلا ليوفى كل غريم حقه من المال الذى للغرماء تعلّق به، أما وقد فرغ المال الموجود تحت يده فلا معنى لاحتياج حكم الحاكم بزوال الحجر عنه.

وقالوا - أيضًا -: إن فراغ المال يحتاج إلى نظر واجتهاد؛ فكان من المعقول أن يوقف زواله على حكم الحاكم.

ويمكن أن يقال: إن هذا الاستدلال لا يثبت المدعى؛ وذلك لأن الكلام فى مدين قد حجر عليه الحاكم وخلع ماله، وقضى به ديون الغرماء، وأصبح من المحقق أنه لا مال له، فقولهم: «إن فراغ ماله يحتاج إلى نظر واجتهاد» ليس فى محل النزاع.

والظاهر عندنا: أن الوجه الأول أرجح؛ لأنه ليس فى الحجر عليه بعد قسم ماله بين الغرماء من فائدة ترجى؛ فقد يعود الحجر عليه بالضرر، وعلى الغرماء كذلك.

أما هو فيتجنب الناس معاملته، فلو أطلق صراحه - وكان غير محجور عليه - كان فى حل من كافة التصرفات، وحينئذ يصبح موسرًا؛ فيستفيد الغرماء أكبر قسط من ديونهم التى لم يكن لهم سبيل إلى الوصول إليها إلا برفع الحجر عنه.

قال المصنف - رحمه الله تعالى -:

(فصل) ومن مات وعليه ديون؛ تعلقت الديون بماله، كما تتعلق بالحجر فى حياته، فإن كان عليه دين مؤجل، حل الدين بالموت؛ لما روى ابن عمر - رضى الله عنه - أن النبى ﷺ قال: «إذا مات الرجل، وله دين إلى أجل، وعليه دين إلى أجل، فالذى عليه حال، والذى له إلى أجله» ولأن الأجل جعل رفقًا بمن عليه الدين، والرفق بعد الموت أن يقضى دينه، وتبرأ ذمته، والدليل عليه ما روى أبو هريرة، أن النبى ﷺ قال: «نفس المؤمن مرتهنة فى قبره بدينه إلى أن يقضى عنه».

أما قوله: «لما روى ابن عمر . . .» الحديث فأخرجه الدارقطنى[1]، من طريق نافع عن ابن عمر مرفوعًا.

وأما حديث أبى هريرة فأخرجه الترمذى[2]، وابن ماجه[3]، والدارمى[4]،

---

(١) (٤/٢٣٢) (٩٨) .
(٢) ٣/٣٨٩ - ٣٩٠ كتاب الجنائز باب ما جاء عن النبى ﷺ (١٠٧٨ - ١٠٧٩) .
(٣) ٢/٨٠٦ كتاب الصدقات باب التشديد فى الدين (٢٤١٣) .
(٤) ٢/٢٦٢ كتاب البيوع باب ما جاء فى التشديد فى الدين .

وأحمد[١]، والطيالسى[٢]، وأبو يعلى[٣]، وابن حبان[٤]، والحاكم[٥]، وأبو نعيم فى الحلية[٦]، والبيهقى[٧]، والطبرانى فى الصغير[٨]، والبغوى فى شرح السنة[٩]، كلهم من طريق سعد بن إبراهيم عن عمر بن أبى سلمة عن أبيه عن أبى هريرة أن رسول الله ﷺ قال «نفس المؤمن معلقة بدينه حتى يقضى عنه».

وقال الترمذى: حديث حسن.

وقال الحاكم: صحيح على شرط الشيخين ووافقه الذهبى وصححه ابن حبان.

قوله: «كالمجنون إذا أفاق»: تستخدم الإفاقة فى اللغة بمعنى عام هو الانتقال من حال إلى حال أفضل، ومن ثم يقال «أفاق الزمان»: إذا أخصب بعد جدب، و (أفاقت الناقة): إذا اجتمعت الفيقة فى ضرعها، يعنى: وجد اللبن بعد نفاده بالحلبة السابقة.

ولهذا تستخدم مادة (الإفاقة) فى المجنون إذا رد إليه عقله، وفى السكران إذا ذهب عنه سكره، وفى النائم إذا صحا من نومه، وفى المريض إذا شفى، وفى المغمى عليه إذا غادرته غشيته حيث يقال: أفاق الرجل من جنونه ومن سكره ومن نومه ومن مرضه ومن إغمائه[١٠].

الأحكام: من مات وعليه ديون، تعلقت بماله، وبه قال عثمان وعلى وأبو هريرة رضى الله عنهم وأرضاهم، وقال مالك وأبو حنيفة - رحمهما الله - لا تتعلق بماله.

دليلنا عليهما: ما ذكرناه فى المفلس.

فإن مات وله على غيره دين إلى أجل وعليه دين إلى أجل فإنه يحل عليه بموته، وبه قال مالك وأبو حنيفة - رحمة الله عليهما - وعامة أهل العلم، وذهب الحسن

---

(١) (٢/٤٤٠، ٤٧٥، ٥٠٨).
(٢) (١/٢٧٣ - منحة) (١٣٧٩).
(٣) ١٠/٣٠٤ (٥٨٩٨).
(٤) (١١٥٨ - موارد).
(٥) (٢/٢٧).
(٦) (٩/١٤ - ١٥).
(٧) (٦/٤٩) كتاب التفليس باب حلول الدين على الميت.
(٨) (٢/١٣٣).
(٩) (٤/٣٥٢ - بتحقيقنا).
(١٠) ينظر: اللسان، والقاموس، ومختار الصحاح مادة: (فوق).

البصرى - رحمة الله عليه - وعمرو بن دينار - رحمة الله عليه - إلى أنه لا يحل بموته.

دليلنا: ما روى ابن عمر - رضى الله عنهما وأرضاهما - أن النبى ﷺ قال: «إذا مات الرجل وله دين إلى أجل وعليه دين إلى أجل، فالذى عليه حالّ والذى له إلى أجله».

ولأنه لا وجه لبقاء تأجيله؛ لأنه لا يخلو: إما أن يبقى فى ذمة الميت أو فى ذمة الورثة أو متعلقًا بأعيان المال:

فبطل أن يبقى فى ذمة الميت؛ لأن ذمته خربة.

وبطل أن يبقى فى ذمة الورثة؛ لأن صاحب الدين لم يرض بذممهم، ولأنه لو تعلق بذممهم إذا كان للميت مال، تعلق بذممهم وإن لم يكن للميت مال. وبطل أن يقال: يبقى مؤجلا متعلقًا بأعيان ماله؛ لأن ذلك إضرار بصاحب الدين؛ لأن أعيان المال ربما تلفت، وإضرار بالميت؛ لأن ذمته لا تبرأ حتى يقضى عنه دينه؛ لما روى أن النبى ﷺ قال: «نفس المؤمن مرتهنة بدينه حتى يقضى عنه».

فإذا بطلت هذه الأقسام لم يبق إلا القول بحلوله.

قال المصنف - رحمه الله تعالى -:

(فصل) فإن تصرف الوارث فى التركة قبل مضى الدين؛ ففيه وجهان:

أحدهما: لا يصح؛ لأنه مال تعلق به دين، فلا يصح التصرف فيه من غير رضى من له الحق، كالمرهون.

والثاني: يصح؛ لأنه حق تعلق بالمال من غير رضى المالك، فلم يمنع التصرف، كمال المريض.

وإن قلنا: إنه يصح، فإن قضى الوارث الدين، نفذ تصرفه، وإن لم يقض، فسخنا.

وإن باع عبدًا، ومات، وتصرف الوارث فى التركة، ثم وجد المشترى بالعبد عيبًا، فرده، أو وقع فى بئر كان حفرها بهيمة، ففى تصرف الورثة وجهان:

أحدهما: أنه يصح؛ لأنهم تصرفوا فى ملك لهم، لا يتعلق به حق أحد.

والثاني: يبطل؛ لأنا تبينا أنهم تصرفوا، والدين متعلق بالتركة، فإن كان فى غرماء الميت من باع شيئًا، ووجد عين ماله، فإن لم تف التركة بالدين؛ فهو بالخيار بين أن يضرب مع الغرماء بالثمن، وبين أن يفسخ، ويرجع فى عين ماله؛ لما روى عن أبى

هريرة - رضى الله عنه - أنه قال فى رجل أفلس: هذا الذى قضى فيه رسول الله ﷺ أيما رجل مات، أو أفلس، فصاحب المتاع أحق بمتاعه إذا وجده بعينه» فإن كانت التركة تفى بالدين؛ ففيه وجهان:

أحدهما: وهو قول أبى سعيد الإصطخرى - رحمه الله - أن له أن يرجع فى عين ماله؛ لحديث أبى هريرة.

والثانى: لا يجوز أن يرجع فى عين ماله، وهو المذهب؛ لأن المال يفى بالدين، فلم يجز الرجوع فى المبيع، كالحى الملىء، وحديث أبى هريرة قد روى فيه أبو بكر النيسابورى: (وإن خلف وفاءً، فهو أسوة الغرماء).

(الشرح) قوله «لما روى عن أبى هريرة . . .» الحديث، قد تقدم تخريجه فى حق البائع فى المبيع المعين.

وأما أبو بكر النيسابورى[1]: فهو عبد الله بن محمد بن زياد بن واصل النيسابورى، أبو بكر الشافعى، من أئمة أصحابنا أصحاب الوجوه المتقدمين سكن بغداد، وكان إمام الشافعيين فى عصره بالعراق، وكان من أحفظ الناس للفقهيات، واختلاف الصحابة. سمع بمصر يونس بن عبد الأعلى الصدفى، وأبا إبراهيم المزنى، وغيرهما، وبالشام أبا حميد عبد الله بن محمد المصيصى، ومحمد ابن عوف، وأقرانهم، وبالجزيرة أحمد وعليا ابنى حرب الموصليين، وسليمان ابن يوسف، وأقرانهم، وبنيسابور محمد بن يحيى الذهلى، وعبد الله بن هاشم العبدى، وأقرانهما. روى عنه أبو العباس بن عقدة، وأبو على النيسابورى، وإبراهيم ابن حمزة الأصبهانى، وحمزة الكتانى، وهم حفاظ الأرض فى وقتهم. قال الدارقطنى ما رأيت أحفظ منه وقال الدارقطنى: - أيضا - كنا ببغداد فى مجلس فيه جماعة من الحفاظ يتذاكرون فجاء رجل من الفقهاء فسألهم: من روى عن رسول الله ﷺ: «جعلت لى الأرض مسجدا وجعلت تربتها طهورا»؟ فقالت الجماعة: روى هذا الحديث عنه فلان وفلان. فقال السائل: أريد هذه اللفظة، فلم يكن عند أحد منهم جواب، ثم قالوا: ليس لنا غير أبى بكر النيسابورى فقاموا كلهم

---

(١) تنظر ترجمته فى الاستيعاب ١٠٧٢، والثقات ٣/ ٣٠٨، وتهذيب التهذيب ٧/ ٢٠٤، وطبقات ابن خياط ١٢٣، وتهذيب الأسماء واللغات ١/ ٣٣٥ .

إليه فسألوه عن هذه اللفظة، فقال: نعم حدثنا فلان عن فلان وساق فى الوقت الحديث من حفظه واللفظة فيه «هذا آخر ما ذكره الشيخ أبو إسحاق» فى طبقاته واتفق العلماء على توثيق أبى بكر هذا والثناء عليه وأكثر الدارقطنى الرواية عنه فى سننه.

مات فى المحرم سنة أربع وعشرين وثلاثمائة.

قوله: «التركة»

التركة لغة: اسم مأخوذ من ترك الشىء يتركه تركًا. يقال: تركت الشىء تركًا: خلفته، وتركة الميت: ما يتركه من الميراث، والجمع تركات[1].

وفى الاصطلاح، اختلف الفقهاء فى تعريفها. فذهب جمهور الفقهاء - المالكية والشافعية والحنابلة - إلى أن التركة: هى كل ما يخلفه الميت من الأموال والحقوق الثابتة مطلقًا.

وذهب الحنفية إلى أن التركة: هى ما يتركه الميت من الأموال صافيًا عن تعلق حق الغير بعينه.

ويتبين من خلال التعريفين أن التركة تشمل الحقوق مطلقًا عند الجمهور، ومنها المنافع، فى حين أن المنافع لا تدخل فى التركة عند الحنفية؛ فإن الحنفية يحصرون التركة فى المال أو الحق الذى له صلة بالمال فقط.

الأحكام: إن تصرف الوارث فى التركة أو فى بعضها قبل قضاء الدين، فهل يصح تصرفه؟ فيه وجهان:

أحدهما: لا يصح، سواء بقى من التركة ما يفى بالدين أو لم يبق؛ لأن مال الميت تعلق به ما عليه من الدين فلم يصح تصرف الوارث فيه؛ كالراهن إذا تصرف فى الرهن قبل قضاء الدين.

والثانى: يصح تصرفه؛ لأنه حق تعلق بالمال بغير رضا المالك فلم يمنع صحة التصرف؛ كتصرف المريض فى ماله، فإذا قلنا بهذا: فإن قضى الدين نفذ تصرفه، وإن لم يقض الدين لم ينفذ تصرفه؛ لأنا إنما صححنا التصرف تصحيحًا موقوفًا على قضاء الدين كما صححنا تصرف المريض تصرفًا موقوفًا.

---

(١) ينظر: اللسان والمصباح (ترك).

وإن باع عبدًا ثم مات البائع، ووجد المشترى بالعبد الذى اشتراه عيبًا فرده -: فإن كان الثمن باقيًا بعينه استرجعه، وإن كان تالفًا رجع المشترى بالثمن فى تركة الميت.

فإن كان الوارث قد تصرف فى التركة قبل ذلك - أو كان حفر الرجل بئرًا فى طريق المسلمين، ومات وتصرف وارثه فى تركته، ثم وقع فى تلك البئر بهيمة أو رجل، وجب ضمان ذلك فى تركة الميت و - هل يصح تصرف الوارث قبل ذلك؟ إن قلنا فى المسألة قبلها: إنه صح تصرفه؛ فهاهنا أولى. وإن قلنا هناك: لا يصح؛ فهاهنا وجهان:

أحدهما: يصح تصرفه؛ لأنه تصرف فى مال له لم يتعلق به حق أحد.

والثانى: لا يصح؛ لأنا تبينا أنه تصرف والدين معلق بالتركة.

فرع: إذا كان فى غرماء الميت من باع منه عينًا، ووجد عين ماله، ولم يقبض ثمنها: فإن كانت التركة لا تفى بالدين، فللبائع أن يرجع فى عين ماله.

وقال مالك وأبو حنيفة - رحمة الله عليهما -: لا يرجع فيها، بل يضرب مع الغرماء بدينه.

دليلنا: ما روى عمرو بن خلدة الزرقى قاضى المدينة - رضى الله عنه - قال: أتينا أبا هريرة - رضى الله عنه - فى صاحب لنا أفلس، فقال: «هذا الذى قضى فيه رسول الله ﷺ: أيما رجل مات أو أفلس، فصاحب المتاع أحق بمتاعه إذا وجده بعينه» وهذا نص فى موضع الخلاف.

وإن كان ماله يفى بالدين ففيه وجهان:

قال أبو سعيد الإصطخرى: للبائع أن يرجع بعين ماله؛ لحديث أبى هريرة - رضى الله عنه - فإنه لم يفرق.

والثانى: ليس له أن يرجع بعين ماله - وهو المذهب - لأن ماله يفى بدينه؛ فلم يكن للبائع الرجوع بعين ماله كما لو كان حيا. وأما الخبر فمحمول عليه إذا مات مفلسًا، مع أنه قد روى فيه أبو بكر النيسابورى بإسناده عن أبى هريرة: «وإن خلف وفاء فهو أسوة الغرماء» ؛ فيكون حجة لنا.

قال المصنف - رحمه الله تعالى -:

(فصل) إذا قسم مال المفلس، أو مال الميت بين الغرماء، ثم ظهر غريم آخر،

رجع على الغرماء، وشاركهم فيما أخذوه على قدر دينه؛ لأنا إنما قسمنا بينهم بحكم الظاهر، أنه لا غريم له غيرهم، فإذا بان بخلاف ذلك، وجب نقض القسمة؛ كالحاكم إذا حكم بحكم، ثم وجد النص بخلافه.

وإن أكرى رجل داره سنةً، وقبض الأجرة، وتصرف فيها، ثم أفلس، وقسم ماله بين الغرماء، ثم انهدمت الدار فى أثناء المدة؛ فإن المكترى يرجع على المفلس بأجرة ما بقى، وهل يشارك الغرماء فيما اقتسموا به، أم لا؟ فيه وجهان:

أحدهما: لا يشاركهم؛ لأنه دين وجب بعد القسمة، فلم يشارك به الغرماء فيما اقتسموا؛ كما لو استقرض مالًا بعد القسمة.

والثانى: يشاركهم؛ لأنه دين وجب بسبب قبل الحجر، فشارك به الغرماء؛ كما لو انهدمت الدار قبل القسمة، ويخالف القرض؛ لأن دينه لا يستند ثبوته إلى ما قبل الحجر، وهذا استند إلى ما قبل الحجر؛ ولأن المقرض لا يشارك الغرماء فى المال قبل القسمة، والمكترى يشاركهم فى المال قبل القسمة، فشاركهم بعد القسمة.

(الشرح) قوله: «لا يَستند ثُبوتُهُ»[1] أى: يعتمد، مِنْ أَسْنَدْتُ ظهرى إلى الجدار: إذا اعتمدت عليه.

الأحكام: إذا قسم مال المفلس أو مال الميت بين غرمائه، ثم ظهر له غريم آخر كان مستحقًا دينه قبل الحجر - رجع الغريم على سائر الغرماء بما يخصه.

وقال مالك - رحمة الله عليه -: يرجع غريم الميت ولا يرجع غريم المفلس.

دليلنا: أن الحاكم إنما فرق ماله فى غرمائه، وعنده أنه لا غريم له سواهم، فإذا ظهر غيره نقض الحكم؛ كالحاكم إذا حكم بحكم ثم وجد النص بخلافه، ولأنه لما كان لغريم الميت أن يرجع على الباقين كان لغريم المفلس مثله.

فرع: وإن فك الحجر عن المفلس، وبقى عليه دين، فادعى غرماؤه أنه قد استفاد مالا بعد الحجر - سأله الحاكم عن ذلك: فإن أنكر ولا بينة لهم، فالقول قوله مع يمينه؛ لأن الأصل بقاء العسرة وإن ثبت له مال: إما بالبينة أو بإقراره، وطلب الغرماء الحجر عليه، نظر الحاكم فيه وفيما عليه من الدين: فإن كان يفى بالدين لم يحجر

---

(١) ينظر: النظم ١/٢٦٨ .

عليه، بل يأمره بقضاء الدين، وإن كان أقلَّ حَجَر عليه، وقسم ماله بين الغرماء.

وإن تجدد عليه دين بعد الحجر الأول، ثم ظهر له مال: فإن بان أن المال كان موجودًا قبل الحجر الأول - قال الجوينى -: اختص به الغرماء الأولون دون الآخرين؛ لأن المال كان موجودًا تحت الحجر الأول. وإن اكتسب هذا المال بعد فك الحجر الأول اشترك فيه الغرماء الأولون والآخرون على قدر ديونهم.

وقال مالك - رحمه الله -: يختص به الغرماء الآخرون وليس للقدامى محاصتهم؛ لأن هذا المال قد تجدد عن معاملة الغرماء الجدد دون الأولين؛ فلهم به صلة قوية أو شبه اختصاص؛ فكانوا أحق به كمن وجد عين سلعته عند إنسان قد أفلس، فإنه لم يكن أحق بها إلا لمعنى ظهور الصلة بينه وبين سلعته، وما هنا كذلك.

وقد ناقش أصحابنا الشافعية ما ذهب إليه المالكية: بأنه إنما كان للغرماء القدامى محاصة الجدد فى هذا المال المتجدد؛ لأن حقوقهم مستوية فى الثبوت فى الذمة، وكون هذا المال المتجدد قد نشأ عن معاملة الجدد لا يقتضى اختصاصهم به، ولا سيما أن ذمته شغلت أول ما شغلت بالدين الأول، فإن لم يكن الغرماء الأولون أحق به، فلا أقل من أن يتحاصوا مع الآخرين فيه.

والظاهر أن ما ذهب إليه الشافعية هاهنا مرجوح وأن ما ذهب إليه المالكية أولى بالاعتبار؛ وذلك لظهور الصلة بين الغرماء الجدد وبين ما بيد المدين من مال، فإن من وجد عين سلعته عند إنسان قد أفلس إنما كان أحق بها دون سائر الغرماء، وما ذلك إلا لتعلق حقه بها؛ فكذا ما معنا.

وقول الشافعية: إن ذمته أول ما شغلت شغلت بدين الغرماء القدامى... إلى آخره - لا ينفى اختصاص الغرماء الجدد بما بيد المدين من مال؛ لأنه مالهم ومن أيديهم خرج، فدخول الغرماء القدامى معهم يعود عليهم بالضرر؛ لأن اشتراكهم جميعًا فى قسم ما بيد المدين من المال المتجدد عن معاملة الغرماء الجدد - يدخل نقصًا عليهم فى حصصهم، وقد قال الرسول ﷺ: «لا ضرر ولا ضرار».

فائدة: هذا الخلاف المذكور بين الشافعية والمالكية فى هذه المسألة إنما هو فى حالة كون المال المتجدد قد تجدد بعمل من المفلس، أما إن كان هذا المال قد تجدد بدون كسب أو عمل منه: كإرث أو هبة أو صدقة - فلم يختلف الفقهاء فى أن

الجميع يتحاصون بدون فرق بين القدامى والجدد.

فرع: وإن أكرى داره أو عبده من رجل مدة، ثم أفلس المكرى قبل انقضاء المدة - فإن المكترى أحق بالمنفعة من الغرماء؛ لأنه قد ملك المنفعة بعقد الإجارة قبل الحجر؛ فكان أحق بها، كما لو باع شيئًا من ماله ثم أفلس. فإن أراد المكترى فسخ الإجارة لم يكن له ذلك؛ لأن الفسخ إنما يكون فى الموضع الذى يدخل عليه ضرر ولا يصل إلى كمال حقه، وهاهنا يصل إلى كمال حقه؛ فلم يكن له الفسخ.

فإن انهدمت الدار أو مات العبد قبل انقضاء مدة الإجارة، انفسخت الإجارة فيما بقى من المدة، فإن كانت الأجرة قد قبضت فإن كانت باقية رجع منها بما يخص ما بقى من المدة، وإن كانت تالفة تعلق ذلك بذمة المفلس، ثم ينظر فيه فإن كان ذلك بعد القسمة ففيه وجهان:

أحدهما: لا يشارك المكترى الغرماء؛ لأن حق المكترى كان متعلقًا بالمنفعة، فلما تلفت العين المكراة عاد حقه إلى ذمة المفلس بعد القسمة؛ فلم يشارك الغرماء؛ كما لو استدان بعد الحجر.

والثانى: يشاركهم - وهو الصحيح - لأن سبب وجوبه كان قبل الحجر فشاركهم؛ كما لو انهدمت الدار قبل القسمة. ويخالف إذا استدان بعد الحجر؛ فإن ذلك لم يستند إلى سبب قبل الحجر؛ فلذلك لم يشاركهم.

* * *

قال المصنف - رحمه الله تعالى -:

باب: الحجر

إذا ملك الصبى أو المجنون مالًا؛ حجر عليه فى ماله.

والدليل عليه قوله - تعالى -: ﴿وَابْتَلُوا الْيَتَامَى حَتَّى إِذَا بَلَغُوا النِّكَاحَ فَإِنْ آنَسْتُمْ مِنْهُمْ رُشْدًا فَادْفَعُوا إِلَيْهِمْ أَمْوَالَهُمْ﴾ [النساء: ٦]، فدل على أنه لا يسلم إليه المال قبل البلوغ والرشد.

(الشرح) قوله: «الحجر» هو فى اللغة: حجره يحجره حجرًا، مثلثة، وحجرانًا - بالضم والكسر -: منعه. وحجر عليه القاضى فى ماله: منعه من أن يتصرف فيه ويفسده؛ فهو حاجر وذاك محجور عليه. واحتجر الأرض عن غيره: ضرب عليها منارًا وعلمًا فى حدودها ليحرزها ويمنعها به عن الغير. والحجر مصدر بمعنى المنع مطلقًا، والحجر بالكسر والفتح: حضن الإنسان وهو ما دون إبطه إلى الكشح، ويقال نشأ فلان فى حجر فلان، أى: فى كنفه ومنعته وحفظه وستره. والحجر أيضًا: الحرام، يقال: هذا حجر عليك، أى: حرام، وفى سورة الفرقان: ﴿يَوْمَ يَرَوْنَ الْمَلَائِكَةَ لَا بُشْرَى يَوْمَئِذٍ لِلْمُجْرِمِينَ وَيَقُولُونَ حِجْرًا مَحْجُورًا﴾ [الفرقان: ٢٢] أى: حرامًا محرمًا، والمعنى أن الذين كانوا لا يرجون لقاء الله فى الدنيا يقولون للملائكة الذين وكلوا بتعذيبهم يوم القيامة حرام عليكم تعذيبنا، ظانين أن ذلك ينفعهم كما كانوا يقولون ذلك فى الأشهر الحرم التى حرم فيها سفك الدماء، والحجر أيضا العقل، ومنه قوله تعالى فى سورة الفجر: ﴿هَلْ فِي ذَلِكَ قَسَمٌ لِذِي حِجْرٍ﴾ [الفجر: ٥] أى: لذى عقل، وسمى العقل كذلك؛ لأنه يمنع صاحبه عن القبائح[(١)].

وأما «الحجر فى الاصطلاح»:

فيجمل بنا أن نعرض لشرح حقيقة الحجر شرحًا يستوعب وجهات النظر المختلفة مبينين ما سلم منها وما لم يسلم.

عرفه الشافعية بأنه المنع من التصرفات المالية، ومعناه: أن المحجور عليه ممنوع من كل تصرف مالى. ولكن أورد بعضهم عليه:

---

(١) ينظر الصحاح (٢/ ٦٢٣)، المصباح المنير (١/ ١٩٠)، لسان العرب (٢/ ٧٨٢ - ٧٨٤)، القاموس المحيط (١/ ٣٤٨).

أولًا: قبول الهدية والهبة ونحوهما؛ فهو غير ممنوع منه فى حين أن التعريف شامل له. فالتعريف غير مانع. فإن أرادوا من التصرف: التصرف المخرج لما فى اليد لا التصرف المدخل، قلنا: لا قرينة تدل عليه، ولا سيما أننا فى مقام التعاريف أحوج إلى الكشف والجلاء.

ثانيًا: طلاق الصبى؛ فإنه ممنوع منه فى حين أن التعريف لا يشمله فالتعريف غير جامع، وتعريف غير مطرد ولا منعكس لا يستقيم تعريفًا[1]. وقيل: هو منع تصرف خاص بسبب خاص، وهو أولى لأن اللام فى التصرفات فى التعريف السابق ظاهرة فى الاستغراق، وهو لا يتحقق كما بينا.

أما المالكية: فقد عرفه ابن عرفة منهم بأنه صفة حكمية توجب منع موصوفها من نفوذ تصرفه فى الزائد على قوته أو فى تبرعه بماله[2]. ومعنى كون الحجر صفة حكمية: أنه صفة حكم بها الشارع واعتبرها مستلزمة المنع من نفوذ التصرف.

وقوله: «توجب منع موصوفها» قيد يخرج الصفة الحكمية التى ليست بهذه المثابة كالصفة التى تقتضى الإذن نحو الرشد والعقل. وقوله «فى الزائد على قوته» لبيان الواقع فإن الحجر على نفس القوت ليس حجرًا شرعيًا، وإنما هو بالظلم أشبه، وقوله: «أو فى تبرعه بماله» معطوف على قوله: «تصرفه»، وهو قيد يراد به إدخال الحجر على المريض والزوجة.. وهذا التعريف معترض من وجوه:

«الأول»: أن قوله «أو فى تبرعه بماله» إمّا أن يريد به التبرع بكل المال، وإما أن يريد به التبرع بشىء من المال، وإمّا أن يريد به التبرع بما زاد عن الثلث، ولا سبيل إلى واحد من هذه الثلاثة؛ وذلك أنه لو أريد «الأول» لزم ألا يدخل حجر المريض والزوجة فيما زاد عن الثلث ولم يبلغ كل المال؛ فيكون التعريف غير جامع. وإن أريد «الثانى» فظاهر فساده ضرورة أنه لم يحجر عليهما فى الثلث فما دونه مع أنه يصدق عليهما أنهما ممنوعان من التبرع بشىء من المال؛ فالتعريف غير مانع. بقى «الثالث» وهو وإن صح لكن لا قرينة عليه والتعاريف يجب ألا يكون فيها خفاء.

---

(١) ينظر: منهاج عميرة (٢/ ٢٩٩)، المهذب للشيرازى (١/ ٣٢٨)، نهاية المحتاج (٤/ ٣٥٣)، الإقناع (٢/ ٢٦)، كشاف القناع (٣/ ٤١٦ - ٤١٧)، حاشية الجمل على المنهج (٣/ ٣٣٤).

(٢) ينظر حاشية الدسوقى على الشرح الكبير (٣/ ٢٩٢)، أسهل المدارك (٣/ ٣).

وعلى هذا فتارة يكون التعريف غير مانع، وتارة يكون غير جامع، وتارة لا يوضح المقصود، وتعريف هذا شأنه أجدر به ألا يكون تعريفًا.. وقد أجيب عن هذا الاعتراض باختيار الشق «الأول» ولا يضر عمومه؛ إذ يصدق على المريض والزوجة أنهما ممنوعان من التبرع بكل المال، وأما أنه يجوز لهما التبرع بالثلث فما دونه فذلك شيء آخر، ولكن ما يدفع هذا الجواب أن التعريف عليه لم يمنع الحجر عليهما فيما زاد عن الثلث ولم يبلغ كل المال. فهذه صورة ممنوعة لم يعرض لها التعريف فبقى الاعتراض قائمًا.

«الثانى»: أن هذا التعريف لم يشمل:

١ - الحجر على السيد فى تصرفه فى رقيقه الجانى قبل تحمله أرش الجناية.

٢ - والحجر على الراهن فى تصرفه فى الرهن لحق المرتهن.

٣ - الحجر على السيد فى أم الولد والمدبر؛ لأن كلا من السيد والراهن محجور عليه مطلقًا؛ نظرًا لتعلق حق الغير بالعبد الجانى والمرهون، أما سيد المدبر وأم الولد فقد حجر عليه؛ نظرًا لتعلق حق الله بهما وهو تشوف الشارع إلى الحرية.

٤ - والحجر على المرتد فى حال ردته؛ لأنه بردته أصبح غير مالك ولا حجر إلا فيما يملك.

«الثالث»: أن هذا التعريف لم يطابق معنى الحجر لا لغة ولا شرعًا؛ لأن معناه فى اللغة المنع، ومعناه شرعًا المنع من نفوذ التصرف، وهذا التعريف إنما نحا نحو الأسباب.

«الرابع»: أن فيه أو، ولا يجوز فى الحدود ذكر «أو» اللهم إلا أن يقال: إن هذا رسم لا حد وهو ظاهر.

والمالكية بإزاء الاعتراض الثانى على ما فيه من تفصيل لم أجد فيما اطلعت عليه من كتبهم جوابا إلا عن الحجر على المرتد فقالوا: إن الحجر على المرتد إنما هو حجر فيما لا يملك ضرورة أنه لا يورث عنه، ولو كان على ملكه لكان ميراثًا يورث عنه؛ فلا يضر خروجه عن التعريف. وقد دفع هذا الجواب بأنه ينفق عليه منه وتقضى ديونه، وإذا تاب انفكّ الحجر عنه وتصرف فى ماله بعدُ كما كان يتصرف فيه قبل وكل ذلك يدل على أن الحجر فيما يملك لا فيما لا يملك. وأمّا أنه لا يورث عنه فذلك لمانع هو حدوث الكفر، وممّا يقوى هذا أن المكلف ليس له التصرف

فيما لا يملك؛ فلا معنى للحجر عليه فيه فبقى الاعتراض قائمًا.

فأنت ترى أن هذا التعريف معترض من جميع جهاته اعتراضات لا جواب عليها، وهذه الاعتراضات فى الصميم منه؛ ولذلك قال القرافى فى الذخيرة «إنه المنع من التصرف» وقال صاحب التوضيح: «هو منع المالك من التصرف فى ماله لمنفعة نفسه أو غيره» وإضافة «منع» إلى المالك قيد يخرج منع غير المالك كمنع الظالم أو الغاصب أو السارق؛ فذلك ونحوه لا يسمى حجرًا شرعًا.

وقوله: «فى ماله» قيد آخر خرج به المنع من التصرف فى النفس؛ فإنه لا يجوز لولى المحجور منعه من نحو كراء نفسه أو إجارتها أو الجعالة عليها ما لم يحاب، وخرج أيضًا منع المحجور عليه من مخالطة أهل السوء والغواية؛ فإنه ليس حجرًا عن التصرف فى المال.

وقوله: «لمنفعة نفسه أو غيره» بيان للواقع؛ لأن الحجر إما لمصلحة الإنسان المالك كالحجر على الصغير والمجنون والسفيه وذى الغفلة والفاسق وإما لمصلحة غيره كالحجر على المدين لحق الغرماء والمريض لحق الورثة، والزوجة لحق الزوج والرقيق لحق السيد ونحو ذلك، ولكن هذا التعريف لا يشمل طلاق الصبى؛ إذ إنه ليس بتصرف مالى، ولا يشمل قتل الصبى والمجنون؛ فإنهما محجور عليهما فى ذلك فلا يثبت عليهما حكمه.

أما الحنفية فقد عرفوه بأنه المنع من نفاذ تصرف قولى لا فعلى، وذكروا أن المراد من النفاذ اللزوم[(١)].

ومعنى التعريف: أن عقد المحجور عليه ينعقد موقوفًا، تمحض للنفع كما لو قبل الهدية والصدقة من الغير، أو تمحّض للضرر كما لو وهب أو تصدق أو وقف أو تحمل حمالة بالمال، أو أبرأ الغير من دين له عليه، أو دار بينهما كما لو باع أو اشترى. ومعناه أيضًا: أن فعل المحجور عليه لا حجر عليه فيه فيثبت حكمه. ولكن ذلك لا يصح بالقياس إلى القولى إطلاقًا؛ فإنهم قالوا: المراد من التصرف القولى الذى هو محل الحجر ما دار بين النفع والضرر، فكان ظاهره أن ما تمحض لأحدهما لا حجر عليه فيه، وهو على هذا الدفع لا يصح؛ فإن طلاق الصبى متمحض للضرر

(١) ينظر حاشية ابن عابدين (٥/ ٨٩ - ٩٣)، مجمع الأنهر (٢/ ٤٣٧).

وقد حجر عليه فيه، وقبوله للهبة متمحض للنفع وهو لا حجر عليه فيه. كما أن المجنون محجور عليه مطلقًا فيما يورد وفيما يصدر، ولا يصح بالقياس إلى الفعل أيضًا؛ فإن الصبى والمجنون قد حجر عليهما فى القتل والزنى بالنظر إلى الحكم وهو وجوب القصاص والحدّ، قالوا: إنما خصّ الحجر بالتصرفات القولية؛ لأن الفعل بعد وقوعه لا يمكن رده، وذلك لا يقوم فرقًا فإن القول بعد صدوره لا يمكن ردّه أيضًا، والحجر إنما هو بالنظر إلى الحكم لا بالنظر إلى ذات القول وذات الفعل. .
وقالوا: إن الأفعال لا يحجر عنها كلها؛ فإن الفعل الموجب للضمان كالإتلاف والغصب يؤاخذ به المحجور عليه وذلك لا ينهض فرقًا؛ فإن بعض الأقوال أيضًا غير محجور عليه فيه كالذى تمحض للنفع من نحو قبول الهبة والهدية، ومتى كان الحجر هو المنع من ثبوت حكم التصرف فلا نرى وجهًا للتفريق بين التصرفات الفعلية والقولية، ضرورة أن لكل منهما حكمًا.

فتلخَّصَ أن هذا التعريف لا يستقيم لوجوه:

أولًا: أنهم أطلقوا فى القولى فيعم جميع الأقوال بدلاً لا شمولاً؛ فهو غير مانع.

ثانيًا: أنه لا يشمل التصرف الفعلى، وليس كذلك؛ فهو غير جامع.

ثالثًا: أنهم أرادوا من التصرف القولى ما دار بين النفع والضرر، وهذه إرادة خفية، والتعاريف تصان عن ذلك؛ ولذلك قال فى الإيضاح: الحجر عبارة عن منع مخصوص لشخص مخصوص عن تصرف مخصوص أو نفاذه. وهذا وإن كان تعريفًا مفصلاً يشمل:

أولًا: منع الرقيق عن نفاذ تصرفه الفعلى الضار وإقراره بالمال فى الحال.

ثانيًا: ومنع الصغير والمجنون عن أصل التصرف القولى إن كان ضررًا محضًا، وعن وصف نفاذه إن كان دائرًا بين الضرر والنفع.

ثالثًا: المنع عن الفعل كالقتل فى حق الصبى والمجنون بالنظر إلى الحكم كالقصاص. ولكن كل هذا عناية فإننا محتاجون إلى أن نعرف ما هو المنع المخصوص؟ وما هو الشخص المخصوص؟ وما هو التصرف المخصوص؟ والتعاريف إنما كانت للكشف والإيضاح، وهذا التعريف أخفى من أن يبين ماهية أو يجلى حقيقة. أضف إلى ذلك تكرير لفظ مخصوص فى التعريف مرات، الأمر الذى يشذ عنه الإطناب، وتقعد دونه المساواة ويأباه الإجمال.

أما حكمة مشروعية الحَجر: فالشريعة الإسلامية إما أمر وإما نهى، وكلاهما يحقق مصلحة العبد، فهى إن أمرت فذلك الأمر إنما هو لمصلحة تجلبها، وإن هى نهت فذلك النهى إنما هو لمفسدة تدفعها لا يشذ عن هذا شىء من أحكامها، وقد بنيت الشريعة فيما بنيت عليه، على قاعدة التعاون بين الناس على البر والتقوى، وطالبت القوى فى إلحاح أن يعين الضعيف، ويغيث الملهوف، وحتمت الأمر بالمعروف والنهى عن المنكر تحقيقًا لمصلحة النوع الإنسانى، وتوفيرًا لأسباب الشفقة والرحمة، ومن هذا كان على العاقل أن يتولى غيره بالنصح والإرشاد، وأن يقوم على مصالحه يحفظها ويعمل عليها، وقد جعلت من مقاصدها الضرورية حفظ المال، وسلكت فى سبيل المحافظة عليه طرقًا شتى من التشريع منها الضمان، ومنها حد السارق، ومنها هذا النوع من الأحكام الذى هو بصدد البحث.

ونَعَتْ شديد النعى على ذلك الذى يبعثر ماله ذات اليمين وذات الشمال فيما لذ وطاب، وفيما حل وفيما حرم، وباعدت بينه وبين الإنسان وجعلته أخا الشيطان، ففى آية من القرآن الكريم: ﴿وَلَا تُبَذِّرْ تَبْذِيرًا إِنَّ ٱلْمُبَذِّرِينَ كَانُوٓا۟ إِخْوَٰنَ ٱلشَّيَـٰطِينِ ۖ وَكَانَ ٱلشَّيْطَـٰنُ لِرَبِّهِۦ كَفُورًا﴾ [الإسراء: ٢٦، ٢٧]، وشرعت المحافظة على مال اليتيم وحرمت الانتفاع به فى غير مصلحته: ﴿إِنَّ ٱلَّذِينَ يَأْكُلُونَ أَمْوَٰلَ ٱلْيَتَـٰمَىٰ ظُلْمًا إِنَّمَا يَأْكُلُونَ فِى بُطُونِهِمْ نَارًا ۖ﴾ [النساء: ١٠]، وأوصت به خيرًا: ﴿وَلْيَخْشَ ٱلَّذِينَ لَوْ تَرَكُوا۟ مِنْ خَلْفِهِمْ ذُرِّيَّةً ضِعَـٰفًا خَافُوا۟ عَلَيْهِمْ فَلْيَتَّقُوا۟ ٱللَّهَ وَلْيَقُولُوا۟ قَوْلًا سَدِيدًا﴾ [النساء: ٩]. واعتبرت فى المجنون عجزًا أولى بالنظر له من السفيه والصغير، ولاحظت فى الرقيق عجزًا حكميًا فجعلت للسيد حق الحجر عليه، ومدت سلطان الزوج على زوجته فجعلت له فوقها درجة ضرورة أنها وفرت مالها من أجل الإنفاق عليها من ماله، وجعلت للورثة فى مال المورث حقًا ضرورة أن المال من كسب الكل، وأن لهم فيه يدًا مثمرة، وحفظت للدائن حقه فى مال المدين، فشرعت له حق المنع فى تصرف المدين فيما يضر بالدائن، فكان من حق هؤلاء الأولين الذين لا يحسنون لأنفسهم صنعًا، كان من حقهم على الذين يحسنون أن يتولوا عنهم وجوه التصريف وشتى المعاملات حفظًا لأموالهم وتحقيقًا لمصالحهم، وكان من حق الشريعة الإسلامية أن تواجه هذا الوضع فتشرع له الأحكام وتضع له الأسباب، وإلا فماذا يكون لو ترك الصبى وشأنه، وخلّى بين المجنون وماله، ولم تمسك بيد قوية أمينة على مال السفيه

ولم تحفظ للدائن حقه فى مال المدين؟! ألا يكون ذلك تسليطًا للكبير أن يستغل صغر الصغير، وتخلية للعاقل أن يستغل جنون المجنون، وتحريضًا للرشيد أن يستغل سفه السفيه فتضيع أموال هؤلاء؟! وإذا كان الحجر على هذا الوجه كان كله إصلاحًا للمحجور عليه ومصلحة له [١].

قوله تعالى: ﴿وَٱبْتَلُواْ ٱلْيَتَٰمَىٰ....﴾ الآية: [النساء: ٦] أى اختبروهم واستعملوا أحوالهم.

وقوله تعالى: ﴿فَإِنْ ءَانَسْتُم مِّنْهُمْ رُشْدًا....﴾ [النساء: ٦]، أى: علمتم. وأصله: أبصرتم؛ لأنه طريق العلم. وإنسان العين: ما يبصر فيه الإنسان شخصه لرقته وصفائه [٢].

الأحكام: المحجور عليهم ثمانية: خمسة حُجِر عليهم لحق غيرهم، وثلاثة حُجِر عليهم لحق أنفسهم.

فأما الخمسة: فالمفلس حُجر عليه؛ لحق الغرماء، والمريض؛ لحق الورثة، والعبد القن والمكاتب؛ لحق السيد، والمرتد؛ لحق المسلمين.

وأما الثلاثة المحجور عليهم لحق أنفسهم: فالصبى، والمجنون، والسفيه، وهذا موضع ذكرهم.

وقد ذهب أبو حنيفة إلى أن أسباب الحجر ثلاثة فقط هى: الصغر والجنون والرق.

ونقل عن بعض الشافعية أنه أوصل أسباب الحجر إلى سبعين سببًا.

ونقول: إن فى الاقتصار على الأسباب الثلاثة عند أبى حنيفة تفريطًا فى بعض الأسباب التى يستحق من أجلها الحجر: كالسفه والفلس وغيرهما، كما أن فى الوصول بها إلى سبعين إفراطًا فى تشقيق الأسباب وتفريعها، وهى فى الحقيقة داخل بعضها فى بعض؛ لذا فإن الأَوْلَى بالصواب ما تقدم، من أن الحجر إما أن يكون لمصلحة المحجور عليه، ويدخل فى ذلك: الصبى والمجنون والسفيه والمغفل والفاسق، أو لمصلحة غير المحجور عليه، ويدخل فيه: المفلس، والمريض فى

---

(١) ينظر نظام الحجر فى الشريعة لسليمان عثمان.
(٢) ينظر التوضيح ٣/ ١٦١.

مرض موته، والعبد القن، والمكاتب.

فرع: والحجر إنما يقع على من ذكر؛ لأنهم ليسوا أهلا للتصرف، والأهلية فى الأصل نسبة إلى الأهل، يقال: فلان أهل لكذا، أى: أن ذلك الشىء حقيق أن يصدر منه ويتصف هو به، ومنه قول الله - تعالى -: ﴿وَأَلْزَمَهُمْ كَلِمَةَ التَّقْوَىٰ وَكَانُوا أَحَقَّ بِهَا وَأَهْلَهَا﴾ [الفتح: ٢٦] ولكن العلماء يذكرون أنها من نوع المصادر الصناعية، كالضاربية والمضروبية، والمعنى أن هذه الأشياء تتقرر صفة للفاعل والمفعول، وهى - فيما يريدون - وصف فى الإنسان به يكون صالحًا؛ لوجوب الحقوق المشروعة له وعليه، وبه يكون صالحًا لصدور الفعل منه على وجه يعتد به شرعًا.

وتنقسم الأهلية إلى: أهلية وجوب، وأهلية أداء.

١ - أهلية الوجوب: هى صلاحية الإنسان لوجوب الحقوق المشروعة له وعليه.

٢ - أهلية الأداء: هى وصف به يكون الإنسان صالحًا لصدور الفعل منه على وجه يعتد به شرعًا.

وتنقسم كل من أهلية الوجوب وأهلية الأداء إلى أهلية قاصرة وأهلية كاملة.

أما أهلية الوجوب القاصرة، فكأهلية الجنين فى بطن أمه، فهو أهل للحقوق الواجبة له، وليس أهلا للحقوق الواجبة عليه؛ فوجبت له الوصية والميراث، ولا يجب عليه شىء فى ماله.

وأما أهلية الوجوب الكاملة، فكأهلية الطفل بعد الولادة يثبت الوجوب له وعليه، فيما يكون المقصود منه مجرد المال، ويبقى كذلك إلى أن يبلغ رشيدًا؛ فيثبت الوجوب له وعليه فى كل شىء فى الأموال وفى العبادات وفى الأجزية.

وأما أهلية الأداء القاصرة، فهى التى تثبت بقدرة قاصرة، والقدرة القاصرة تثبت بالعقل القاصر: كعقل الصبى والمعتوه.

وأما أهلية الأداء الكاملة، فهى تثبت بقدرة كاملة، والقدرة الكاملة تثبت بالعقل الكامل كعقل البالغ غير المعتوه.

وأهلية الوجوب أصل فى أهلية الأداء سابقة عليها، ولا تقتضيها.

الذمة والأهلية

الذمة فى اللغة: العهد، وفى لسان الشرع: وصف يصير به الإنسان أهلا لما له.

أو عليه، وقد اعتبر الفقهاء فى الإنسان ذمة وعقلا، واعتبروا الذمة بمنزلة السبب، والعقل بمنزلة الشرط.

أدلة ثبوت الذمة:

وقد تلمس العلماء فى إثبات هذا الوصف للإنسان أدلة لم تقم على مدعاهم، وقالوا: إن الإنسان يلزمه ويجب عليه شىء فلا بد فيه من وصف به يصير أهلا لهذه التكاليف، وهذا الوصف ليس هو العقل؛ بدليل أنه لو رُكِّبَ العقل فى حيوان غير الإنسان لم يكن بذلك أهلًا للتكليف؛ فكانت الذمة غير العقل، وإنما هى بمنزلة السبب، وهو بمنزلة الشرط، وقد انتحوا فى إثباتها ناحيتين:

الأولى: فى إثبات الحقوق التى عليه.

الثانية: فى إثبات الحقوق التى له.

واستدلوا على الأولى بثلاثة أدلة:

الأول: قوله تعالى: ﴿وَإِذْ أَخَذَ رَبُّكَ مِنْ بَنِيٓ ءَادَمَ مِن ظُهُورِهِمْ ذُرِّيَّتَهُمْ وَأَشْهَدَهُمْ عَلَىٰٓ أَنفُسِهِمْ أَلَسْتُ بِرَبِّكُمْ قَالُواْ بَلَىٰ﴾ [الأعراف: ١٧٢] قال كثير من المفسرين: أخرج الله ذرية آدم بعضهم من بعض على حسب ما يتوالدون إلى يوم القيامة، صورهم واستنطقهم وأخذ عليهم الميثاق، وأشهدهم على أنفسهم ألست بربكم؟ قالوا: بلى، ثم أعادهم إلى ما كانوا عليه، ثم أنساهم ذلك ليؤمنوا بالغيب، فإقرارهم بالوحدانية وإشهادهم، دليل على أنهم يؤاخذون بموجب إقرارهم من أداء حقوق تجب لله - تعالى - عليهم؛ فلا بد لهم من وصف يكونون به أهلا للوجوب، وهذا الوصف يغاير العقل؛ فثبت أن الإنسان له ذمة.

الثانى: قوله - تعالى -: ﴿وَكُلَّ إِنسَٰنٍ أَلْزَمْنَٰهُ طَٰٓئِرَهُۥ فِى عُنُقِهِۦ﴾ [الإسراء: ١٣] والوجه فى ذلك: أن الطائر يراد به قضاء الله - تعالى - وقدره، وأعمال العباد من حيث إن كل هذه سبب للخير وللشر، وأن العنق يراد به ذلك الوصف المعنوى الذى يلزم به التكليف لزوم القلادة للعنق، والأصل فى ذلك: أن العرب كانوا ينسبون الخير والشر إلى الطائر، فإن مر سانحًا تيامنوا وأقدموا، وإن مر بارحًا تشاءموا وأحجموا.

الثالث: قوله - تعالى -: ﴿إِنَّا عَرَضْنَا ٱلْأَمَانَةَ عَلَى ٱلسَّمَٰوَٰتِ وَٱلْأَرْضِ وَٱلْجِبَالِ فَأَبَيْنَ أَن يَحْمِلْنَهَا وَأَشْفَقْنَ مِنْهَا وَحَمَلَهَا ٱلْإِنسَٰنُ﴾ [الأحزاب: ٧٢]، والوجه أن الأمانة المراد بها

التكاليف، عرضها على المذكورات فى الآية فأبت، وعرضها على الإنسان فحملها؛ فظهر وجه الخصوصية بين الإنسان وغيره.

نقض هذه الأدلة

هذه الآيات بوجه عام خارجة مخرج التمثيل، ولا دلالة فيها على المطلوب، وبيان ذلك:

أما الآية الأولى فإنما يراد بها ما نصبه الله - تعالى - من الأدلة المتوافرة المتضافرة الدالة على وحدانية الله وربوبيته، قامت فى السموات وفى الأرض، وفى الجبال، وفى الإنسان، وفى حوادث الأيام، وفى سائر الكون:

وفى كل شىء له آية تدل على أنه الواحد

فانتصاب هذه الأدلة ووضوحها لكل ذى عينين بمنزلة التقرير من الله والإقرار من الإنسان، وأنه إذ نصب هذه الأدلة واضحة وأعطاه العقل، فهو - تعالى - قد أعطاه المادة والآلة فلم يبْقَ له عذر فى أن يكفر به، سبحانه وتعالى.

وأما الآية الثانية فالمراد منها: أن العمل يلزم الإنسان لزوم القلادة فى العنق، وعلى هذا الوجه العام لا يحمل العنق وحده على ما ذكروا، ولا يحمل الطائر على ما ذكروا، والمعنى فى ذلك: أن الإنسان يلقى جزاء عمله دون تخلف: إن خيرًا فخير وإن شرًّا فشر.

وأما الآية الثالثة فالمراد منها: أن «الأمانة»: التكاليف، ويراد من «الإباء» فيها: عدم استعداد المذكورات لتحمل أعباء التكاليف؛ ضرورة عدم تأتيها منها، ويراد من حمل الإنسان: استعداده لذلك. أو أن المعنى: أن هذه التكاليف - لعظمها - لو عرضت على هذه الأجرام العظام، وكانت ذات شعور وإدراك لأبت حملها، وحملها الإنسان مع ضعف بنيته ورخاوة قوته.

ولو أنهم استدلوا على إثبات ذلك بنحو قوله - تعالى -: ﴿فَأَقِيمُوا۟ ٱلصَّلَوٰةَ وَءَاتُوا۟ ٱلزَّكَوٰةَ﴾ [المجادلة: ١٣] لكان أظهر وأولى.

وأما ما يدل على ثبوت الحقوق التى له فكثير: نذكر منها ما أداروا الكلام عليه:

١ - قول الله - تعالى -: ﴿وَمَا مِن دَآبَّةٍ فِى ٱلْأَرْضِ إِلَّا عَلَى ٱللَّهِ رِزْقُهَا﴾ [هود: ٧].

٢ - قول الله - تعالى -: ﴿هُوَ ٱلَّذِى خَلَقَ لَكُم مَّا فِى ٱلْأَرْضِ جَمِيعًا﴾ [البقرة: ٢٩].

ووجه الدلالة: أن الآية الأولى أفادت أن رزق الإنسان قد كفله الله له؛ فكان حقًّا له قبل الغير.

وأن الآية الثانية: أفادت أن ما فى الأرض إنما كان للإنسان، وأنه خلق له؛ فكان فى ذلك حق أو حقوق له فيما يكون على وجه البسيطة.

نقض الدليلين:

وينتقض هذا الاستدلال بأن استحقاق الرزق لا يستلزم وصفًا فى الإنسان هو الذمة؛ فإن الرزق مستحق لكل حيوان غير الإنسان، فإذا كان استحقاق الرزق مقتضيًا لثبوت الذمة فى الإنسان، كان مقتضيا له فى غيره من دون فرق؛ فيلزم أن يكون لذوات الأربع ذمة ولم يقل به أحد، هذا وجه خاص بالآية الأولى.

وأما الوجه العام فى الآيتين، فإنه ليس يلزم من ثبوت الحقوق له أن يكون فى الإنسان وصف هو الذمة؛ فإنه من الجائز أن يكون لذات الإنسان، على أن بعض الفقهاء قال: إن الذمة أمر لا معنى له، ولا حاجة إليه فى الشرع، وإنما هو شىء من مخترعات الفقهاء[١].

ما تتحقق به الأهلية:

قد علم أن أهلية الوجوب بالنسبة لوجوب الحقوق للصبى ثبتت له وهو جنين فى بطن أمه؛ وذلك لصحة الوصية له وثبوت الإرث، أما بالنسبة للحقوق الواجبة عليه فى الأموال فلا تثبت له إلا بعد الولادة والانفصال، فهى لا تستدعى شرطا زائدًا على وجود الصغير.

وأما أهلية الأداء أو أهلية التصرف التام بالنسبة له فى الحقوق والأموال، فهى تستدعى شيئًا آخر وهو الرشد والبلوغ، والأصل فى اشتراط البلوغ والرشد فى أهلية التصرف فى المال، قول الله - تعالى -: ﴿وَٱبْتَلُوا۟ ٱلْيَتَٰمَىٰ حَتَّىٰٓ إِذَا بَلَغُوا۟ ٱلنِّكَاحَ فَإِنْ ءَانَسْتُم مِّنْهُمْ رُشْدًا فَٱدْفَعُوٓا۟ إِلَيْهِمْ أَمْوَٰلَهُمْ . . . .﴾ الآية [النساء: ٦]. فقد دل ذلك على أن أموال اليتامى لا تسلم إليهم قبل البلوغ وإيناس الرشد، ودلت الآية على أنهم إذا بلغوا راشدين لم يكن لأحد أن يلى عليهم أموالهم، وكانوا أولى بولاية أموالهم من غيرهم، وجاز لهم فيها ما يجوز لكل ذى أهلية فى ماله، لا فرق فى ذلك بين الذكر

---

(١) ينظر التوضيح ٣/ ١٦١ .

والأنثى.

عوارض الأهلية:

العوارض: جمع عارض، من «عرض له كذا»؛ أى: ظهر وتبدى، ولا يقصد الفقهاء من عروضها أن تطرأ بعد عدم؛ وإنما يقصدون أنها ليست من الأمور الأصلية فى الإنسان، فكل ما كان على خلاف هذا الأصل فهو عارض: كالصغر عدُّوه عارضا من حيث إنه ليس ذاتيا للإنسان، ومثل ذلك قولهم: البياض من عوارض الثلج، والحركة من عوارض الإنسان.

ثم هذه العوارض التى تعترض الأهلية بنوعيها، تارة تزيلهما كالجنون، وتارة تزيل أحدهما كالصغر، وتارة تقتضى تغييرا فى بعض أحكامها كالسفه والعته والنوم.

وهى نوعان[1]:

الأول: عوارض سماوية: وهى ما ليس للعبد فيها كسب ولا اختيار: كالجنون والصغر... إلخ.

الثانى: عوارض مكتسبة: وهى ما للعبد فيها كسب واختيار: كالسفه والفسق... إلخ.

فرع: إذا ثبت ما تقدم، فإن الإنسان إما جنين لم ينفصل عن أمه، وإما طفل قد انفصل عن أمه.

فأما الجنين: فمن حيث إنه ينتقل بانتقال أمه، ويقر بقرارها فهو كالجزء منها، ومن حيث إنه متفرد بالحياة متهيئ للانفصال عنها مستقل بنفسه، فهو بالاعتبار الثانى له ذمة من وجه؛ فيكون صالحا لوجوب الحقوق له: كالميراث والوصية والنسب وهو بالاعتبار الأول ليس صالحا لوجوب الحقوق عليه؛ فلو اشترى له الولى شيئًا لم يجب عليه الثمن.

وأما بعد الانفصال عنها، فله ذمة مطلقة؛ لأنه صار نفسًا مستقلة من كل وجه، فهو صالح لوجوب الحقوق له وعليه حتى كان ينبغى أن يجب عليه ما وجب على المكلف، ولكن لمَّا كان المقصود من الوجوب هو الأداء، وهو لم يكن أهلا له لضعف بنيته - لم يجب عليه إلا ما أمكنه أداؤه من حقوق العباد، أما ما لا يمكنه

(١) ينظر نظام الحجر فى الشريعة لسليمان عثمان.

أداؤه منها فلا يجب عليه.

وبيان ذلك كما يأتى:

الصغير وحقوق الله:

يصح منه الإيمان، وتترتب عليه أحكامه؛ فيُحرم ميراثَ مورثه الكافر، ويفرق بينه وبين زوجته المجوسية.

ويصح كفره، وتترتب عليه الأحكام الدنيوية؛ فتبين امرأته المسلمة، ويُحرم ميراثَ مورثه المسلم، غير أنه لا يقتل بسبب هذه الردة.

أما العبادات البدنية فتصح منه بلا عهدة عليه فلا يلزمه القضاء إذا أفسدها، ولا يلزمه المضى إذا شرع فيها.

الصغير وحقوق العباد:

١ - ما كان منها غرمًا وعوضًا يجب عليه؛ لأن المقصود هو المال وأداؤه مما يحتمل النيابة.

٢ - ما كان منها صلة تشبه المؤن، أو صلة تشبه الأعواض:

فالأول: كنفقة القريب فتجب عليه نظرًا؛ لأنه يجب على الغنى كفاية ما يحتاج إليه أقاربه الفقراء.

والثانى: كنفقة الزوجة من جهة أنها وجبت جزاء على الاحتباس الواجب عليها عند الزوج، ولم تكن عوضًا محضًا؛ لأنها لم تجب بعقد المعاوضة بطريق التسمية على ما هو المعتبر فى الأعواض، فمن حيث إنها صلة تسقط بمضى المدة إذا لم يوجد إلزام، ومن حيث إنها تشبه الأعواض تصير دينًا بالالتزام وتجب عليه.

٣ - ما كان منها صلة تشبه الأجزية، لا يجب عليه فهو لا يتحمل العقل؛ لأنه يشبه أن يكون جزاءً أنه لم يحفظه.

٤ - ما كان منها عقوبة كالقصاص، لا يجب عليه.

٥ - ما كان منها أجزية كالحرمان من الميراث، فلا يثبت فى حقه.

إذا ثبت هذا: فإن الصغير ليس أهلا للولاية على نفسه، فلا يلى أمر غيره؛ لأن الولاية إنما تعتمد العقل الكامل وحسن التصرف واستقامة النظر، والصبى ناقص العقل، وتصرفه صادر عن الحدس والتخمين.

ولا نعلم خلافا بين العلماء فى أن الصغر سبب للحجر[١].

والأصل فى ثبوت الحجر على الصبى قوله - تعالى -: ﴿وَٱبْتَلُواْ ٱلْيَتَـٰمَىٰ حَتَّىٰٓ إِذَا بَلَغُواْ ٱلنِّكَاحَ فَإِنْ ءَانَسْتُم مِّنْهُمْ رُشْدًا فَٱدْفَعُوٓاْ إِلَيْهِمْ أَمْوَٰلَهُمْ ...﴾ [النساء: ٦]، والابتلاء: الاختبار؛ قال الله - تعالى -: ﴿لِيَبْلُوَكُمْ أَيُّكُمْ أَحْسَنُ عَمَلًا﴾ [الملك: ٢] أى: ليختبركم.

واليتيم من مات أبوه وهو دون البلوغ؛ قال النبى ﷺ: «لا يُتْمَ بَعْدَ الْحُلُم».

وقوله - تعالى -: ﴿حَتَّىٰٓ إِذَا بَلَغُواْ ٱلنِّكَاحَ﴾ [النساء: ٦] أراد به البلوغ فعبر عنه به، وقوله: ﴿ءَانَسْتُم مِّنْهُمْ رُشْدًا﴾ [النساء: ٦] أى: علمتم منهم رشدًا، فوضع الإيناس موضع العلم، كما وضع الإيناس موضع الرؤية فى قوله تعالى: ﴿ءَانَسَ مِن جَانِبِ ٱلطُّورِ نَارًا﴾ [القصص: ٢٩] أى: رأى.

قال الشافعى - رضى الله عنه -: فلما علق الله - تعالى - دفع المال إلى اليتيم بالبلوغ، وإيناس الرشد، علم أنه قبل البلوغ ممنوع من ماله محجور عليه فيه.

والدليل على ثبوت الحجر على السفيه والصبى والمجنون أيضًا قوله - تعالى -: ﴿فَإِن كَانَ ٱلَّذِى عَلَيْهِ ٱلْحَقُّ سَفِيهًا أَوْ ضَعِيفًا أَوْ لَا يَسْتَطِيعُ أَن يُمِلَّ هُوَ فَلْيُمْلِلْ وَلِيُّهُۥ بِٱلْعَدْلِ﴾ [البقرة: ٢٨٢] والسفيه يجمع المبذِّر لماله والمحجور عليه لصغر، والضعيف يجمع الشيخ الكبير الفانى والصغير والمجنون.

فأخبر الله - تعالى - بأن هؤلاء ينوب عنهم أولياؤهم فيما لهم أو عليهم؛ فدل على ثبوت الحجر عليهم.

وقد ذكر علماء أسباب النزول فى قوله - تعالى -: ﴿وَٱبْتَلُواْ ٱلْيَتَـٰمَىٰ حَتَّىٰٓ إِذَا بَلَغُواْ ٱلنِّكَاحَ ....﴾ [النساء: ٦] الآية - أنها نزلت فى ثابت بن رفاعة وعمه بعد أن مات رفاعة، وترك ابنه ثابتًا صغيرًا لم يبلغ الحلم بعد، فذهب عمه إلى رسول الله ﷺ فقال: يا رسول الله، مايحل لى من مال اليتيم؟ ومتى أدفع إليه ماله؟ فنزلت الآية[٢]، فكان قوله - تعالى -: ﴿وَٱبْتَلُواْ ٱلْيَتَـٰمَىٰ...﴾ [النساء: ٦][٣] خطابًا لأولئك

---

(١) ينظر نظام الحدر فى الشريعة لسليمان عثمان.

(٢) ينظر القرطبى ٥/ ٣٤ .

(٣) أخرجه الطبرى فى تفسيره ٣/ ٦٠١ (٨٦٤٠) عن قتادة وذكره السيوطى فى الدر المنثور ٢/ ٢١٦ - ٢١٧ وزاد نسبته لعبد بن حميد.

الذين يلون أمور اليتاميوشئونهم، وكان من معناها: أن اليتيم لا يدفع إليه ماله إلا بعد البلوغ والاختبار، ولا نعنى بذلك أن هذا الذى مات أبوه قد حجر عليه ليتمه، وإنما نعنى أن اليتيم صغير، وأن الصغير يحجر عليه؛ لأنه يفقد أصل العقل أو تمامه، والله - تعالى - يقول: ﴿وَلَا تُؤْتُوا السُّفَهَاءَ أَمْوَالَكُمُ﴾ [النساء: ٥].

أثر الحجر على الصغير:

إنما يظهر أثر الحجر على الصغير فى أمرين: الأول، منع ماله منه. والثانى: عدم نفاذ تصرفاته القولية الضارة: كالهبة والصدقة عنه، وتصرفاته القولية الدائرة بين الضرر والنفع بغير إذن الولى، أما التصرفات القولية التى هى محض المنفعة أو التصرفات الفعلية التى تتعلق بالأموال فلم يظهر فيها أثر للحجر أصلا؛ وذلك لأنه غير ممنوع من قبول الهبة والصدقة، ولأنه ضامن لما غصب أو أتلف.

تصرفات الصبى:

الصبى إن كان غير مميز فتصرفاته القولية باطلة اتفاقًا؛ لأن شرط الأهلية فيه منعدم؛ إذ هو عديم العقل أصلا، فلو أعتق أو أوصى أو أقر بمال أو تناول عملا فيه معاوضة، وأولى إذا لم تكن فيه معاوضة، أو أنشأ طلاقًا - فكل ذلك ملغى شرعًا لا اعتبار له.

الصبى المميز والتصرفات القولية:

ذهب الإمام الشافعى - رضى الله عنه - إلى أن الصبى المميز كغير المميز، لا يصح تصرفه ولا ينفذ، أَذِنَ الولى أم لم يأذن.

أما فى حال عدم الإذن فذلك ظاهر، وأما فى حال الإذن: فإن إذن الولى لا يغير من حال المحجور، ولا يكسبه أهلية التصرف، سواء كان ذلك التصرف لمحض الضرر أو لمحض المنفعة أو دار بينهما؛ فلا يصح طلاقه، ولا إعتاقه، ولا إقراره، ولا يهب، ولا يقبل الهبة، وإنما يصح تصرفه فيما لا يمت إلى المال بسبب الأصالة عن نفسه؛ فلهذا صح كونه وكيلا فى توزيع الزكاة متى عين له الجزء الذى يدفعه، وصح إذنه بدخول الدار ونحو ذلك، وصح أن يكون وكيلا فى إيصال الهدية إن كان مثل الموكل لا يليق به ذلك، غير أنهم شرطوا فيه أن يكون مأمونًا لم يظهر عليه كذب ولو مرة واحدة.

وقال الإمام مالك وأبو حنيفة وأحمد - رضى الله عنهم - إن تصرفات الصبى

المميز القولية التى تعود عليه بالضرر، وتقتضى ذهاب المال وضياعه: كالهبة والصدقة والعتق وما إلى ذلك من كل تصرف لا يعود على المحجور عليه بفائدة - فباطلة ولا يصححها إذن الولى له فيها، أما بطلانها منه فلأن الغرض من الحجر عليه حفظ ماله عليه حال الحياة، وصحة هذه التصرفات منه تنافى ما شرع الحجر لأجله، فإن أذن له الولى فى هذه التصرفات فإذنه لا يفيد شيئًا؛ لأن الولى إنما أبيح له أن يفعل ما فيه المصلحة، والإذن فى هذه التصرفات عار عن المصلحة؛ لهذا كان إذنه غير مفيد فى صحة تصرف الصبى فى مثل هذه الأحوال، ويستثنى من ذلك الوصية؛ فإنها تصح من الصغير إذا ميز وعقل القربة، وإن لم يأذن له فيها الولى[1]، وهذا هو المشهور من مذهب الشافعى، وهو مذهب المالكية وأحمد.

أما الحنفية فإن وصية الصغير عندهم باطلة؛ كالهبة والصدقة وسائر التبرعات.

وإنما ذهب الشافعى، ومن وافقه إلى إجازة وصية الصبى؛ لأن الغرض من الحجر عليه ومنعه من التصرفات إنما شرع لأجل حفظ ماله عليه؛ لينتفع به حال حياته، والوصية إنما تنفذ من ثلث ماله بعد موته؛ فصحتها منه لا تتنافى مع هذا الغرض؛ لأنها إنما صحت منه بعد ما استغنى عن المال بالموت، وانتقل المال إلى غيره من الورثة، ويؤيد ذلك ما رواه مالك فى الموطأ عن عبد الله بن أبى بكر بن حزم عن أبيه أن عمرو بن سليم الزرقى أخبره أنه قيل لعمر بن الخطاب: إن هاهنا غلامًا يافعًا لم يحتلم من غسان، ووارثه بالشام، وليس له هاهنا إلا ابنة عم، قال عمر بن الخطاب: فليوص لها، قال: فأوصى لها بمال يقال له: بئر جشم، وبيع ذلك المال بثلاثين ألف درهم، وكان الغلام الذى أوصى سنه عشر سنين أو اثنتا عشرة سنة[2].

وأيضًا: فإن فى إجازة وصية الصبى حفظًا لحق المجتمع عليه، خصوصًا إذا كان ذا ثروة طائلة؛ فإن تلك الثروة لا سبيل للوصول إليها ما دام صغيرًا إلا بقدر ما وجب من الزكاة فيها، وذلك قليل من كثير، والمجتمع فى حاجة إلى المال؛ لإقامة المشروعات النافعة وإعداد العدة للعدو، فمن الخير أن تنفذ وصية الصغير؛ لينتفع

---

(١) ينظر نظام الحجر فى الشريعة لسليمان عثمان.

(٢) أخرجه مالك فى الموطأ ٢/ ٥٨٤ كتاب الوصية باب جواز وصية الصغير والضعيف والمصاب والسفيه (٢)، وينظر نظام الحجر فى الشريعة لسليمان عثمان.

الصبى من وراء ذلك بالثواب الأخروى، ولينتفع المجتمع بالمال فى طرقه المفيدة.

أما التصرفات القولية التى تشتمل على المعاوضة، وليس فيها ذهاب للمال: كالبيع والشراء والمساقاة والإجارة والقرض... إلخ؛ فإنها تقع من الصبى صحيحة، ولكنها موقوفة على إذن الولى فى نفاذها، فما رآه منها مصلحة أو غبطة أجازه وأمضاه، وما لا فلا، وما استوى فيه الأمران فالولى فيه بخير النظرين إن شاء أمضى وإن شاء رده، هذا إذا كان للصغير ولى، فإن لم يكن له ولى من أب أو وصى أو غيرهما، وغفل عنه حتى رشد وملك أمر نفسه - انتقل إليه ما كان للولى من الرد والإمضاء.

وأما التصرفات القولية التى هى لمحض المنفعة فلا أثر للحجر فيها؛ إذ هى صحيحة نافذة؛ لأنه إنما حجر عليه لحفظ ماله وخوفًا من إتلافه وضياعه، وليس فى قبول الهبة ونحوها من كل ما يعود على الصغير بالمنفعة ضياع للمال؛ بل هو فيه تحصيل للمال وإفادة له[١].

التصرفات الفعلية والصبى المميز أو غيره:

لا خلاف بين العلماء فى أن التصرفات الفعلية لا أثر للحجر فيها، فإذا غصب الصبى مال غيره أو أتلف ما لم يؤتمن عليه من مال الغير، فإنه يضمنه من ماله إن كان له مال وفى ذمته إن لم يكن له مال.

أما إذا أتلف ما اؤتمن عليه كالوديعة فلا ضمان عليه؛ لأن صاحب المال مفرط حيث ائتمن من ليس أهلا للأمانة؛ فكان أولى بالحمل عليه، وكل ذلك ما لم يصن الصغير ماله بالمال الذى أتلفه.

أما إن صان ماله بذلك ضمن فى ماله الحاضر الأقل من قيمة ما أتلف وما صان به من ماله؛ لأنه حين حفظ ماله بمال غيره علم أنه حريص على ماله غير مفرط فيه؛ فوجب أن يؤخذ منه بمقدار ما حفظ به ماله؛ لأن أفعاله أشبه بأفعال العقلاء البالغين منها بغير البالغين[٢].

وأما جناية الصغير على النفس أو الطرف عمدًا أو خطأ ففيها الدية، وتكون على

---

(١) ينظر بدائع الصنائع ٧/ ١٧١، وتبيين الحقائق ٥/ ١٩١-١٩٢ .
(٢) ينظر منح الجليل ٣/ ١٦٨، ١٦٩، وابن القاسم ١/ ٤٥١ .

العاقلة إن بلغ ما وجب فى الجناية ثلث الدية الكاملة أو زاد عن الثلث، وعلى الصبى إن كان ما وجب أقل من الثلث ويخرج ذلك من ماله، ويؤخذ ما وجب عليه إن كان له مال، ويتبع فى ذمته إن لم يكن له مال.

وإنما انتفى القصاص عن الصبيان فى العمد ولزمتهم الدية؛ لأن القصاص إنما شرع لزجر الجانى واعتبار الغير به، والزجر إنما يتحقق إذا كان الجانى ممن يدرك معنى الجريمة، ويعقل حرمة النفس والاعتداء عليها، والصبيان خِلْو من هذه المعانى، والحكم إذا لم تتحقق غايته بطلت شرعيته، وأما الدية فإنما شرعت للتعويض عن النفس وللترويح عن أولياء المجنى عليه وتخفيف آلام المصيبة عنهم؛ حتى تنطفئ الضغينة من القلوب، وتنكسر شوكة الحقد من الصدور، وهذا أمر يتحقق ببذل المال من أى شخص كان بالغًا أو صغيرًا[١].

فرع: إذا ثبت هذا فى الصبى، فإنه - أيضًا - لم يختلف الفقهاء فى الحجر بسبب الجنون؛ وذلك لقول النبى ﷺ: «رُفِعَ الْقَلَمُ عَنْ ثَلَاثٍ عَنِ الصَّبِى حَتَّى يَحْتَلِمَ، وَعَنِ النَّائِمِ حَتَّى يَسْتَيْقِظَ، وَعَنِ المجْنُونِ حَتَّى يُفِيقَ»[٢].

ووجه الدلالة منه: أن المجنون غير مؤاخذ بأقواله ما دام مجنونًا، وأما أفعاله التى تتعلق بإتلاف المال أو غصبه والجناية عليه فهو مؤاخذ بها؛ وذلك لأن المقصود حفظ المال ورعايته وصيانته من العبث به، ومن القواعد المقررة عندنا: «أن الخطأ والعمد فى أموال الناس سواء»؛ فالحديث - إذن - مخصوص بما عدا التصرفات الفعلية التى تتعلق بالمال[٣].

فرع: فى أثر الحجر على المجنون: المجنون: إما أن يكون جنونه مطبقًا أو غير مطبق، فإن كان غير مطبق بأن كان يفيق أحيانًا، وقد صدر منه تصرف، فإن وقع منه فى حال الإفاقة وهو بالغ رشيد، فتصرفه ماضٍ نافذ كغيره من الراشدين، وإن كان صغيرًا أو سفيهًا، فإن تصرفه غير نافذ لعلة الصغر أو السفه.

وأما إن وقع منه التصرف فى حال جنونه فهو كالمجنون المطبق ولا يصح منه تصرف قولى من: طلاق أو عتق أو كتابة أو إقرار أو بيع أو شراء أو قبول هبة أو

---

(١) ينظر نظام الحجر فى الشريعة لسليمان عثمان، ينظر منح الجليل ٣/ ١٧١ .
(٢) تقدم.
(٣) ينظر نظام الحجر فى الشريعة لسليمان عثمان.

صدقة؛ وذلك كله وما إليه لانعدام الأهلية.

أما إن تصرف تصرفًا فعليًا كغصب أو إتلاف، فإنه يؤاخذ به ويضمنه.

وأما جنايته على النفس أو ما دونها فقد تقدم حكمه فى الحجر بسبب الصغر عند الكلام على الصغير والتصرفات الفعلية[١].

قال المصنف - رحمه الله تعالى -:

(فصل) وينظر فى ماله الأب، ثم الجد؛ لأنها ولاية فى حق الصغير؛ فقدم الأب والجد فيها على غيرهما؛ كولاية النكاح، فإن لم يكن أب ولا جد؛ نظر فيه الوصى؛ لأنه نائب عن الأب والجد؛ فقدم على غيره.

وإن لم يكن وصى، نظر السلطان؛ لأن الولاية من جهة القرابة قد سقطت، فثبتت للسلطان؛ كولاية النكاح.

وقال أبو سعيد الإصطخرى: فإن لم يكن أب، ولا جد، نظرت الأم؛ لأنها أحد الأبوين، فثبت لها الولاية فى المال كالأب.

والمذهب: أنه لا ولاية لها؛ لأنها ولاية ثبتت بالشرع، فلم تثبت للأم؛ كولاية النكاح.

(الشرح) الأحكام: إذا ملك الصبى مالًا، فإن الذى ينظر فى ماله: أبوه إذا كان عدلًا، فإن عُدِمَ الأب أو كان ممن لا يصلح للنظر كان النظر إلى الجد: أبى الأب إذا كان عدلًا؛ لأنها ولاية فى حق الصغير، فقدم الأب والجد فيها على غيرهما كولاية النكاح، فإن مات الأب وأوصى إلى رجل بالنظر فى مال ابنه وهناك جد يصلح للنظر، ففيه وجهان:

المذهب: أنه لا تصح الوصية إليه، بل النظر إلى الجد.

والثانى - حكاه فى الإبانة، وبه قال أبو حنيفة -: أن النظر إلى الوصى؛ لأنه قائم مقام الأب، وليس بشىء؛ لأن الجد يستحق الولاية بالشرع فكان أحق من الوصى.

فإن لم يكن أب ولا جد، نظر الوصى من قبلهما.

فإن لم يكونا ولا وصيهما، فهل تستحق الأم النظر؟ فيه وجهان:

قال أبو سعيد الإصطخرى: تستحق النظر فى مال ولدها؛ لأنها أحد الأبوين؛

---

(١) ينظر نظام الحجر فى الشريعة لسليمان عثمان.

فاستحقت النظر فى مال الولد كالأب.

والثانى - وهو المذهب -: أنه لا ولاية لها، بل النظر إلى السلطان؛ لأنها ولاية بالشرع؛ فلم تستحقها الأم كولاية النكاح، ولأن قرابة الأم لا تتضمن تعصيبًا؛ فلم تتضمن ولاية كقرابة الخال.

فإذا قلنا بقول الإصطخرى، فهل يستحق أبوها وأمها الولاية عند عدمها؟ فيه وجهان حكاهما الصيمرى.

وإنما استحق الآباء والأجداد أمر الولاية على الصبى أو المجنون؛ لأنهم مفطورون على حب الأبناء والعطف عليهم والرحمة بهم، والعمل على ما فيه جلب الخير لهم مما فيه صلاحهم وسعادتهم يتوخون وجوه المصلحة فيما يزاولون من أموال أبنائهم بوحى الفطرة ومقتضى الطبيعة(١).

أما الأوصياء فهم موضع اختيار الآباء، وثقوا بهم، واطمأنوا إليهم؛ فاستحقوا أن يكونوا بعد الآباء مباشرة(٢).

وأما الحكام فهم خلفاء الله فى الأرض يقيمون العدل بين الناس، ويعملون على رفع الظلم عنهم حتى يعيش الناس آمنين على أنفسهم وأموالهم؛ ومن أجل هذا كانت لهم الولاية العامة عليهم(٣).

فرع: وينبغى فى الأب أو الجد الذى يتولى النظر للمحجور عليه، أن يتوفر فيه شرطان:

أولا: أن يكون مسلمًا إن كان المحجور عليه كذلك؛ فإن الأب إذا كان كافرًا والابن مسلما؛ فلا ولاية له عليه؛ لقول الله - تعالى -: ﴿وَلَن يَجْعَلَ ٱللَّهُ لِلْكَـٰفِرِينَ عَلَى ٱلْمُؤْمِنِينَ سَبِيلًا﴾ [النساء: ١٤١]، أما إن كان المحجور عليه كافرًا والأب كذلك، فهو وليه؛ لقوله - تعالى -: ﴿وَٱلَّذِينَ كَفَرُوا۟ بَعْضُهُمْ أَوْلِيَآءُ بَعْضٍ﴾ [الأنفال: ٧٣].

ثانيًا: أن يكون رشيدا، فإن كان غير ذلك فليست له ولاية(٤).

وللأب أن يوصى بواحد، وهو مستقل بالتصرف فيما جعله الشارع له، وأن

---

(١) ينظر نظام الحجر فى الشريعة الإسلامية لسليمان عثمان.
(٢) ينظر نظام الحجر فى الشريعة الإسلامية لسليمان عثمان.
(٣) ينظر نظام الحجر فى الشريعة الإسلامية لسليمان عثمان.
(٤) ينظر نظام الحجر فى الشريعة الإسلامية لسليمان عثمان.

يوصى لمتعدد، فإن أطلق فى وصيته ولم يخصص لكل وصى نوعًا يتصرف فيه، حمل على التعاون بينهم، وليس لأحد منهم الاستقلال بعمل الآباء دون الآخرين، أما إذا قيد فى وصيته بلفظ أو قرينة باجتماع أو انفراد، فإنه يصار إليه.

وإذا مات أحد الوصيين أو الأوصياء، نظر الحاكم فى أمر الحى فإن رآه صالحًا للقيام بما وصًى عليه تركه، وإلا أشرك معه غيره.

وكذلك إذا وقع بينهم اختلاف فى بيع أو تزويج أو ما إليهما؛ فإن مردَّ ذلك إلى الحاكم[1].

شروط الوصى:

١ - أن يكون مكلفًا؛ فلا يصح لصبى أو مجنون.

٢ - أن يكون رشيدًا؛ فلا يصح لسفيه.

٣ - أن يكون مسلمًا؛ فلا يصح لكافر على مسلم.

٤ - أن يكون عدلا، والمراد بالعدالة: الأمانة والرضا فيما ولى عليه.

٥ - أن يكون قادرا على القيام بما أسند إليه؛ فلا يصح لعاجز.

٦ - ألا يكون عدوا للموصى عليه[2].

فرع: ويعزل الوصى بواحد من أمور:

١ - إذا عزل نفسه؛ لأن عقد الوصية غير لازم من الطرفين، فإن من حقه أن يرفض بعد أن يقبل ما دام الموصى حيًا؛ لأن فى استطاعته أن يجدد وصيا آخر، فإن مات الموصى وهو قَدْ قَبِلَ الوصية، فليس من حقه عزل نفسه؛ إبقاءً على مصلحة المولى عليه.

٢ - وإذا طرأ فسق بعد عدالة بأن خان فيما عهد إليه عزل؛ لأن العدالة شرط فى الدوام كما هى شرط فى الابتداء.

٣ - وإذا حَدَثَتْ عداوةٌ بينه وبين المولى عليه، فإن العدو لا يلى أمر عدوه، ولا يؤمن عليه؛ فإن القصد من الولاية النصرة والمعونة، ولا تعاون بين عدوين[3].

---

(١) ينظر منح الجليل ٣/ ٨٢، والخرشى ٥/ ٤٣٤، ٤٣٥ .

(٢) ينظر نظام الحجر فى الشريعة لسليمان عثمان.

(٣) ينظر نظام الحجر فى الشريعة لسليمان عثمان.

قال المصنف - رحمه الله تعالى -:

(فصل) ولا يتصرف الناظر فى ماله إلا على النظر، والاحتياط، ولا يتصرف إلا فيما فيه حظ واغتباط، فأما ما لا حظ فيه، كالعتق، والهبة، والمحاباة، فلا يملكه؛ لقوله - تعالى -: ﴿وَلَا تَقْرَبُوا مَالَ الْيَتِيمِ إِلَّا بِالَّتِي هِيَ أَحْسَنُ﴾ [الإسراء: ٣٤]، ولقوله ﷺ: «لا ضرر ولا إضرار» وفى هذه التصرفات إضرار بالصبى، فوجب ألا يملكه، ويجوز أن يتجر فى ماله؛ لما روى عبد الله بن عمرو بن العاص - رضى الله عنه - أن النبى ﷺ قال: «من ولى يتيمًا، وله مال؛ فليتجر له بماله؛ ولا يتركه حتى تأكله الصدقة».

(الشرح) قوله: «ولقوله ﷺ لا ضرر ولا ضرار» تقدم تخريجه.

وأما حديث عبد الله بن عمرو بن العاص فقد تقدم تخريجه أيضًا.

قوله «الناظر»[1] النظر: الحفظ، وهو مأخوذ من النظر الذى هو التأمل والتفكر فى أمر التدبير، أو من التحنن والشفقة، أحد أقسام النظر فى علم الأصول.

قوله «الاحتياط»: الاحتياط فى اللغة يعنى الأخذ فى الأمور بالأحزم والأوثق من جميع الجهات. ومنه قولهم: افعل الأحوط؛ أى افعل ما هو أجمع لأصول الأحكام وأبعد عن شوائب التأويل. ويأتى أيضًا بمعنى الاحتراز من الخطأ واتقائه[2].

أما فى الاصطلاح الفقهى فقد قيل: هو فعل ما يتمكن به من إزالة الشك. وقال الجرجانى: هو حفظ النفس عن الوقوع فى المآثم. ولعل أجود ما عُرف به أنه «احتراز المكلف عن الوقوع فيما يشك فيه من حرام أو مكروه».

والاحتراز قد يكون بالفعل وقد يكون بالترك وقد يكون بالتوقف. والتعبير بالشك يُخرج كلًّا من الظن والتوهم؛ لأن الظن هو الجانب الأرجح، فيلزم العمل بمقتضاه. وأما الوهم فهو مرجوح لا يستدعى إقدامًا ولا إحجامًا، وباستبعاده يخرج وسواس الموسوسين؛ فهو ليس من الاحتياط فى شىء. ولا يخفى أن الاحتياط قد يكون واجبًا إذا كان الاحتراز فيه عن الحرام أو مع قوة الشبهة، وقد يكون مندوبًا إذا كان

---

(١) ينظر النظم (١/ ٢٦٩).

(٢) ينظر معجم المصطلحات الاقتصادية ص (٣٤)، المصباح (١/ ١٨٩)، التوقيف ص (٣٩)، تعريفات الجرجانى ص (٩)، الكليات (١/ ٧٠)، البخارى مع الفتح (١/ ٢٧)، رفع الحرج للدكتور صالح بن حميد ص (٣٣٢).

احترازًا عن مكروه.

ودليل الأخذ بالاحتياط: ما روى البخارى عن النبى ﷺ قال: «إِنَّ الْحَلَالَ بَيِّنٌ وَالْحَرَامَ بَيِّنٌ، وَبَيْنَهُمَا أُمُورٌ مُشْتَبِهَاتٌ لَا يَعْلَمُهُنَّ كَثِيرٌ مِنَ النَّاسِ، فَمَنِ اتَّقَى الشُّبُهَاتِ فَقَدِ اسْتَبْرَأَ لِدِينِهِ وَعِرْضِهِ، وَمَنْ وَقَعَ فِى الشُّبُهَاتِ وَقَعَ فِى الْحَرَامِ، كَالرَّاعِى يَرْعَى حَوْلَ الحِمَى يُوشِكُ أَنْ يَرْتَعَ فِيهِ».

قوله: «واغتباط» الغبطة فى اللغة: حسن الحال والمسرة، وقد تسمى الغبطة: حسدًا مجازًا[١].

وفى الاصطلاح: أن يتمنى الرجل أن يكون له مثل ما لغيره من نعمة، من غير أن تزول عن الغير[٢].

وتأتى بمعنى الأصلح والأنفع والأحظ، فيقولون مثلًا: للولى أن يبيع عقار موليه إن كان له فيه غبطة: مصلحة ومنفعة وحظ للمولى عليه[٣].

قوله: «والمحاباة»: المحاباةُ لغةً تعنى: المسامحة. يقال: حاباه محاباةً، أى: سامحه مأخوذة من الحباء، وهو الإعطاء. أما المحاباة فى الاصطلاح الفقهى فهى عبارة عن تبرع فى ضمن معاوضة. ومن أمثلتها: البيع بدون القيمة، والشراء بأكثر منها؛ لأنه عطية معنًى[٤].

وعلى ذلك، فلو باع شخص لآخر شيئًا قيمته عشرة دراهم بسبعة، فقد حاباه بثلاثة. فكأنه فى حق سبعة أجزاء من عشرة أجزاء منه مبادلة مال بمال، وفى حق ثلاثة أجزاء من عشرة أجزاء منه هبة وإعطاء؛ لخلوها عن البدل من حيث المعنى.

الأحكام: ليس للأولياء من التصرفات فى أموال المولى عليهم إلا ما كان فيه مصلحة أو دفع ضرر، ولا يجوز لواحد منهم مهما أعطى من سلطة التصرف أن يأتى من الأعمال أو الأقوال ما يتنافى ومصلحة هؤلاء؛ قال الله - تعالى -: ﴿وَلَا تَقْرَبُوا۟ مَالَ ٱلْيَتِيمِ إِلَّا بِٱلَّتِى هِىَ أَحْسَنُ﴾ [الأنعام: ١٥٢].

---

(١) ينظر لسان العرب (غبط)، والقاموس المحيط (غبط).
(٢) ينظر إحياء علوم الدين (٣/ ١٨٩)، منهاج القاصدين لابن قدامة (١٩٢ : ١٩٣).
(٣) ينظر: القليوبى على المحلى (٢/ ٢٨٧ - ٣٠٥)، (٣/ ٢٣٤).
(٤) ينظر معجم المصطلحات الاقتصادية ص (٢٤٢)، المصباح (١/ ١٤٥)، المغرب (١/ ١٧٩)، المطلع ص (٢٦٠)، طلبة الطلبة ص (٦٥)، تحرير ألفاظ التنبيه ص (٢٤١).

وقال - تعالى -: ﴿وَلَا تَأْكُلُوٓا۟ أَمْوَٰلَهُمْ إِلَىٰٓ أَمْوَٰلِكُمْ ۚ إِنَّهُۥ كَانَ حُوبًا كَبِيرًا﴾ [النساء: ٢]، وقال - تعالى -: ﴿وَلْيَخْشَ ٱلَّذِينَ لَوْ تَرَكُوا۟ مِنْ خَلْفِهِمْ ذُرِّيَّةً ضِعَٰفًا خَافُوا۟ عَلَيْهِمْ فَلْيَتَّقُوا۟ ٱللَّهَ وَلْيَقُولُوا۟ قَوْلًا سَدِيدًا﴾ [النساء: ٩]، وقال - تعالى -: ﴿إِنَّ ٱلَّذِينَ يَأْكُلُونَ أَمْوَٰلَ ٱلْيَتَٰمَىٰ ظُلْمًا إِنَّمَا يَأْكُلُونَ فِى بُطُونِهِمْ نَارًا ۖ وَسَيَصْلَوْنَ سَعِيرًا﴾ [النساء: ١٠].

وقال - تعالى -: ﴿وَيَسْـَٔلُونَكَ عَنِ ٱلْيَتَٰمَىٰ ۖ قُلْ إِصْلَاحٌ لَّهُمْ خَيْرٌ ۖ وَإِن تُخَالِطُوهُمْ فَإِخْوَٰنُكُمْ ۚ وَٱللَّهُ يَعْلَمُ ٱلْمُفْسِدَ مِنَ ٱلْمُصْلِحِ﴾ [البقرة: ٢٢٠].

وقال ﷺ: «مَنْ وَلِى مِنْ أَمْوَالِ النَّاسِ شَيْئًا فَلَمْ يَجْتَهِدْ لَهُمْ وَلَمْ يَنْصَحْ، فَالْجَنَّةُ عَلَيْهِ حَرَامٌ»(١).

والولى راع فى أموال المولى عليه، وكل راع مسئول عن رعيته، وغير ذلك من النصوص الشرعية التى رسمت الطريق التى يسلكونها، وأوضحت معالمها حتى إذا بلغ المولى عليه أهلية التصرف فى المال، وجد ماله موفورًا يستعين به على متاعب الحياة وصروف الأيام.

وعلى هذا فليس للولى - أيا كان لونه - هبة ولا صدقة ولا عتق ولا شىء من نحو ذلك، إلا ما جرت العادة بالتساهل فيه(٢).

فرع: قال الشافعى: وأحب أن يتجر الوصى بأموال من يلى عليه ولا ضمان، وجملة ذلك: أنه يجوز للناظر فى مال الصبى أن يتجر فى ماله، سواء كان الناظر له أبًا أو جدًّا أو وصيًّا أو أمينًا من قبل الحاكم؛ لما روى عبد الله بن عمرو أن النبى ﷺ قال: «مَنْ وَلِى يَتِيمًا لَهُ مَالٌ فَلْيَتَّجِرْ لَهُ، وَلَا يَتْرُكْهُ حَتَّى تَأْكُلَهُ الصَّدَقَةُ».

ولأن ذلك أحظ للمولى عليه؛ لتكون نفقته من الربح كما يفعل البالغون، هكذا قال عامة أصحابنا إلا الصيمرى؛ فإنه قال: لا يتجر له فى هذا الزمان لفساده وجور السلطان على التجار، بل يشترى له الأرض، أو ما فيه منفعة.

فإن اتجر له لم يتجر إلا فى طريق مأمون، ولا يتجر له فى البحر؛ لأنه مخوف.

فإن قيل: فقد روى أن عائشة أبضعت أموال بنى محمد بن أبى بكر فى البحر.

---

(١) أخرجه أحمد فى المسند والطبرانى فى الكبير عن معقل بن يسار كما فى كنز العمال (١٤٧٤٣) ولفظه [من ولى من أمر المسلمين شيئا فلم يحطهم بنصحه كما يحوط أهل بيته فليتبوأ معقده من النار].

(٢) ينظر نظام الحجر فى الشريعة لسليمان عثمان.

قلنا: يحتمل أن يكون ذلك فى موضع مأمون قريب من الساحل، أو يحتمل أنها فعلت ذلك وجعلت ضمانه على نفسها إن هلك.

قال الصيمرى: ولا يبيع له إلا بالحالّ، أو بالدين على مليء ثقة.

قال المصنف - رحمه الله تعالى -:

(فصل) ويبتاع له العقار؛ لأنه يبقى، وينتفع بغلته، ولا يبتاعه إلا من مأمون؛ لأنه إذا لم يكن مأمونًا، لم يأمن أن يبيع مالًا يملكه، ولا يبتاعه فى موضع قد أشرف على الخراب، أو يخاف عليه الهلاك؛ لأن فى ذلك تغريرًا بالمال، ويبنى له العقار، ويبنيه بالآجر، والطين، ولا يبنيه باللبن والجص؛ لأن الآجر يبقى، واللبن يهلك، والجص يجحف به، والطين لا ثمن له، والجص يتناثر ويذهب ثمنه، والطين لا يتناثر، وإن تناثر، فلا ثمن له، ولأن الآجر لا يتخلص من الجص إذا أراد نقضه، ويتلف عليه، ويتخلص من الطين، فلا يتلف عليه، ولا يبيع له العقار إلا فى موضعين:

أحدهما: أن تدعو إليه ضرورة، بأن يفتقر إلى (بيعه بـ) النفقة، وليس له مال غيره، ولم يجد من يقرضه.

والثانى: أن يكون له فى بيعه غبطة، وهو أن يطلب منه بأكثر من ثمنه، فيباع له، ويشترى ببعض الثمن مثله؛ لأن البيع فى هذين الحالين فيه حظ، وفيما سواهما لا حظ فيه، فلم يجز.

وإن باع العقار، وسأل الحاكم أن يسجل له؛ نظر: فإن باعه الأب، أو الجد سجل له؛ لأنهما لا يتهمان فى حق الولد، وإن كان غيرهما؛ لم يسجل حتى يقيم بينةً على الضرورة، أو الغبطة؛ لأنه تلحقه التهمة؛ فلم يسجل له من غير بينة.

فإن بلغ الصبى، وادعى أنه باع من غير ضرورة، ولا غبطة، فإن كان الولى أبًا أو جدًا؛ فالقول قوله، وإن كان غيرهما؛ لم يقبل إلا ببينة؛ لما ذكرناه من الفرق، فإن بيع فى شركته شقص، فإن كان الحظ فى أخذه بالشفعة؛ لم يترك، وإن كان الحظ فى الترك؛ لم يأخذ؛ لأنا بينا أن تصرفه على النظر، والاحتياط، فلا يفعل إلا ما يقتضى النظر، والاحتياط.

فإن ترك الشفعة، والحظ فى تركها، ثم بلغ الصبى، وأراد أن يأخذ، فالمنصوص: أنه لا يملك ذلك؛ لأن ما فعل الولى مما فيه نظر، لا يملك الصبى نقضه؛ كما لو أخذ، والحظ فى الأخذ، فبلغ، وأراد أن يرد.

ومن أصحابنا من قال: له أن يأخذ؛ لأنه يملك بعد البلوغ التصرف فيما فيه حظ، وفيما لا حظ فيه، وقد بلغ؛ فجاز أن يأخذ، وإن لم يكن فيه حظ، وهذا خطأ؛ لأن له أن يتصرف فيما لا حظ فيه، إذا كان باقيًا، وهذا قد سقط بعفو الولى، فسقط فيه اختياره، فإن بلغ، وادعى أنه ترك الشفعة من غير غبطة؛ فالحكم فيه كالحكم فى بيع العقار، وقد بيناه.

(الشرح) **قوله**: «الغلة»، الغلة لغة: ما يتناوله الإنسان من دخل أرضه. ويطلق جمهور الفقهاء مصطلح «الغلّة» على مطلق الدخل الذى يحصل من ريع الأرض أو أجرتها أو أجرة الدار أو السيارة أو أية عين استعمالية ينتفع بها بقاء عينها. ويستعمل فقهاء المالكية هذه الكلمة بمعنى أخص، وذلك فى مقابل الفائدة فى مصطلحهم. ويريدون بها: ما يتجدد من السلع التجارية بلا بيع لرقابها، كثمر الأشجار والصوف واللبن المتجدد من الأنعام المشتراة لغرض التجارة قبل بيع رقابها، وأجرة الدار وسائر عروض التجارة، وكذا زيادة المبيع فى ذاته إذا اشتراه للتجارة بعشرين ثم كبر ونما فباعه بعد ذلك بخمسين. فهذه الزيادة فى جميع ما ذكرنا تسمى عندهم غَلّة. بخلاف الزيادة فيما اشتراه للقُنية؛ فإنها تسمى «فائدة» فى اصطلاحهم لا غلّة.

ويطلق الحنفية مصطلح «الغلّة» على الدراهم التى تروج فى السوق فى الحوائج الغالبة، ويقبلها التجار ويأخذونها، غير أن بيت المال يردّها لعيب فيها[(١)].

قوله: «ولا يَبْنِيهِ بِاللَّبِنِ» جمع لَبِنَةٍ مثل كلمة وكلم، ويجوز لَبْنَةٍ وَلِبْنٍ بالإسكان، مثل لِبْدَةٍ ولِبْدٍ، قاله ابن السكيت[(٢)].

قوله الضرورة فى اللغة[(٣)]: اسم من الاضطرار، والاضطرار: الاحتياج الشديد تقول: حملتنى الضرورة على كذا وكذا، وقد اضطر فلان إلى كذا وكذا.

وعرفها الجرجانى: بأنها النازل مما لا مدفع له.

---

(١) ينظر: معجم المصطلحات الاقتصادية (٢١٢ - ٢١٣)، المصباح (٢/ ٥٤١)، المغرب (٢/ ١١٠)، التوقيف (٥٤٠)، الكليات (٣/ ٢٩٥)، المفردات (٤٤٥)، التعريفات للجرجانى (٨٧)، التعريفات الفقهية (٤٠٠)، العدوى على الخرشى (٢/ ١٨٥)، الدسوقى على الشرح الكبير (١/ ٤٦١).

(٢) ينظر: النظم (١/ ٢٦٩ - ٢٧٠)، وإصلاح المنطق (١٦٩).

(٣) ينظر اللسان (ضرر)، والمصباح المنير (ضرر).

وهى عند الفقهاء: بلوغ الإنسان حدا إن لم يتناول الممنوع هلك أو قارب، كالمضطر للأكل واللبس بحيث لو بقى جائعًا أو عريانا لمات، أو تلف منه عضو، وهذا يبيح تناول المحرم[1].

قوله: «يُسَجِّلُ» سَجَّلَ له، معناه: كتب له الحاكم، والسجل: الكتاب فى قول بعض المفسرين[2]، وأما فى اللغة، فإنه يقال: أسجل الكلام: إذا أرسله، قال محمد بن الحنفية، فى قوله تعالى: ﴿هَلْ جَزَآءُ ٱلْإِحْسَـٰنِ إِلَّا ٱلْإِحْسَـٰنُ﴾ [الرحمن: ٦٠]: هى مُسْجَلَةٌ للبَرِّ والفاجِرِ، أى: مُرْسَلَةٌ، لم يشترط فيها بَرٌّ دُونَ[3] فاجر.

قوله البلوغ طور من أطوار الحياة، به يستعد الشخص لأداء وظيفته النوعية وهى التناسل، وقريب من هذا قول المازرى: هى قوة تحدث للشخص تنقله من حال الطفولة إلى غيرها. وللبلوغ علامات يعرف بها، بعضها خاص بالإناث، والبعض الآخر يشترك فيه الإناث والذكور.

فالقسم الأول: الحمل، والحيض. والقسم الثانى ثلاثة أنواع: خروج المنى، والإنبات، والسن[4].

الأحكام: يجوز للناظر فى مال المحجور عليه أن يبتاع له العقار؛ لأنه أقل غررا من التجارة؛ لأنه ينتفع بغلته مع بقاء أصله.

قال أبو على فى الإفصاح: ولا يشتريه إلا من ثقة أمين يؤمن جحده فى الثانى، وحيلته فى إفساد البيع، ولا يبتاعه فى موضع قد أشرف على الهلاك بزيادة أوقعته بين طائفتين؛ لأن فى ذلك تغريرًا بماله.

ويجوز أن يبنى له العقار إذا اختار ذلك، إلا أن يكون الشراء أحظ له فيشترى له ذلك إذا احتاج إليه.

قال الشافعى: يبنى له بالآجر والطين، ولا يبنى له باللبن والجص؛ لأن اللبن يهلك، والآجر يبقى، والجص يلتزق بالآجر، فربما احتيج إلى نقض شىء من

---

(١) ينظر غمز عيون البصائر شرح الأشباه والنظائر (١/ ٢٧٧)، والمنثور فى القواعد للزركشى (٢/ ٣١٩).

(٢) ينظر: معانى الفراء (٢/ ٢١٣)، وتفسير غريب القرآن (٢٨٨).

(٣) ينظر: الصحاح (سجل)، واللسان (سجل).

(٤) ينظر: نظام الحجر لسليمان عثمان.

الآجر فلا يتخلص من الجص ولأن الجص يجحف به، والطين لا يجحف به.

قلت: وهذا فى البلاد التى يعز فيها وجود الحجارة، فإن كان فى بلد توجد فيه الحجارة كانت أولى من الآجر؛ لأنها أكثر بقاء، وأقل مؤنة.

فرع: وإن ملك الصبى عقارا، لم يبع عليه إلا فى موضعين:

أحدهما: أن يكون له حاجة إليه للنفقة والكسوة، وليس له غيره، ولا تفى غلته بذلك، ولا يجد من يقرضه؛ فيجوز بيعه.

والثانى: أن يكون له فى بيعه غبطة، وهو أن تكون له شركة مع غيره، أو لجوار غيره؛ فيبذل له الغير بذلك أكثر من قيمته، ويوجد له مثل ذلك بأقل مما باع به؛ فيجوز له أن يبيع العقار عليه لذلك.

وكذلك إذا كان له عقار قد أشرف على الهلاك بالغرق، أو بالخراب، أو بالفتنة؛ فيجوز له بيعه عليه؛ لأن النظر له فى ذلك البيع.

فإذا باع الأب أو الجد عليه عقارا، فرفع ذلك إلى الحاكم فسأله إمضاءه، وأن يسجل له عليه، أمضاه وسجل له؛ لأن الظاهر من حالهما أنهما لا يبيعان له إلا ما فيه الحظ له، وهل يحتاج الحاكم إلى ثبوت عدالتهما عنده؟ قال ابن الصباغ: سمعت القاضى أبا الطيب يقول: فيه وجهان:

أحدهما: لا يحتاج إلى ذلك؛ بل يكتفى بالعدالة الظاهرة، كما قلنا فى شهود النكاح.

والثانى: يحتاج إلى ذلك؛ لثبوت ولايتهما عنده، كما يحتاج إلى ثبوت عدالة الشهود عنده.

وأما إذا رفع الوصى أو أمين الحاكم البيع إليه والتسجيل عليه وإمضاءه، ففيه وجهان:

أحدهما - وهو المشهور -: لا يمضى ذلك حتى تقوم عنده البينة على الحظ أن الغبطة له؛ لأن غير الأب والجد يلحقه التهمة؛ فلم يقبل قوله من غير بينة، بخلاف الأب والجد.

والثانى - ذكره القاضى أبو الطيب فى المجرد -: أنه يقبل قولهما من غير بينة، كالأب والجد.

قال ابن الصباغ: وهذا له عندى وجه؛ لأنه إذا جاز لهما التجارة فى ماله فيبيعان

ويشتريان ولا يعترض الحاكم عليهما، جاز - أيضا - فى العقار.

فإن بلغ الصبى وادعى أن الأب أو الجد باع عليه عقاره من غير غبطة ولا حاجة: فإن أقام بينة على ما ادعاه حكم له به، وإن لم يقم بينة، فالقول قول الأب أو الجد مع يمينه.

وإن باع غير الأب أو الجد عليه، كالوصى وأمين الحاكم، فلما بلغ الصبى ادعى أنه باع عليه من غير غبطة ولا ضرورة: فإن أقام بينة حكم له، وإن لم تكن بينةٌ لم يقبل قول الوصى والأمين من غير بينة.

فرع: وإن بيع شقص فى شركة الصبى: فإن كان للصبى حظ فى الأخذ بأن كان له مال يريد أن يشترى له به عقارا أخذ له بالشفعة، وإن كان الحظ له فى الترك بأن كان لا مال له يريد أن يشترى له به، أو كان ذلك فى موضع قد أشرف على الهلاك، أو بيع بأكثر من قيمته - لم يأخذ له بالشفعة.

فإن أخذ له الولى فى موضع يريد له الحظ فى الأخذ، فبلغ الصبى وأراد أن يرد ما أخذ له الولى، لم يملك ذلك؛ لأن ما فعله الولى مما فيه الحظ لا يملك الصبى بعد بلوغه رده. وإن ترك الولى الأخذ له فى موضع رأى الحظ له فى الترك، فأراد الصبى بعد بلوغه أن يأخذه، ففيه وجهان:

من أصحابنا من قال: له ذلك؛ لأنه بعد بلوغه يملك التصرف فيما فيه حظ، وفيما لا حظ له فيه، والمنصوص: أنه ليس له ذلك؛ لأن الولى قد اختار الترك بحسن نظره؛ فلم يكن له نقض ذلك كما لو أخذ له، والحظ فى الأخذ؛ فإنه لا يملك الصبى بعد البلوغ الرد.

فإن ادعى بعد البلوغ أن الولى أخذ، والحظ فى الترك، أو ترك والحظ فى الأخذ: فإن أقام بينة على ذلك حكم له به، وإن لم يقم بينة: فإن كان الولى أبا أو جدا، فالقول قولهما مع يمينهما، وإن كان غيرهما من الأولياء، لم يقبل قوله من غير بينة؛ لما ذكرنا من الفرق قبل هذا.

فرع: ويرى الحنفية: أن الأب إذا باع من أموال ولده منقولا، أو عقارا، أو اشترى له شيئًا، أو أجر شيئًا من ماله بمثل القيمة، أو يسير الغبن، وهو ما يدخل تحت تقويم المقومين - صح العقد، وليس لأحد نقضه لا القاضى ولا الصبى إذا بلغ؛ لصدوره عن ولاية تامة، وليس فيه ما يوجب النقض.

وإذا فعل شيئًا من ذلك بغبن فاحش بطل العقد، إلا إذا كان عقد شراء أو استئجار فإنه ينفذ على الأب لا على الصغير؛ لأن العقد وجد نفاذا على العاقد فينفذ عليه، أما البيع ففيه تمليك مال الولد للغير، ولا يملك الولى ذلك ما دام ظاهر الضرر؛ فلم يجد العقد نفاذا؛ فيبطل.

وإذا بلغ الولد، ولم تنته مدة الإجارة الصحيحة صح له فسخها؛ إذا كانت نفسه هى المستأجرة؛ لأن الظاهر أنه بالبلوغ تزيد أجرته لزيادة قوته، وقد زالت ولاية العاقد، على أنه قد يرى بعد بلوغه أن اشتغاله بغير ما هو مستأجر له يكسبه أكثر.

وإن كان المستأجر ماله فليس له أن يفسخ؛ لأن الأصل بقاء أجرة المثل ما بقيت، على أن العقد قد صدر ممن له ولايته؛ فتعلق بالعين حق المستأجر[١].

أما إذا كان الوصى غير الأب وباع مال الصغير فإن كان منقولا والبيع لأجنبى صح ولو بيسير الغبن؛ لأنه لا تخلو منه المعاملات، فإذا باع بغبن فاحش، بطل البيع.

وإن كان المبيع عقارا اشترط فى البيع الخيرية المارة فى تصرفات الأب.

وإن كان المبيع لمن لا تقبل شهادته له أو لوارث الوصى فلا بد من اعتبار الخيرية، سواء كان المبيع عقارا أو منقولا عند الإمام؛ نفيًا للتهمة.

وقال الصاحبان: يكفى لنفى التهمة فى المنقول أن يكون بمثل القيمة، أما العقار فلا بد فيه من اعتبار الخيرية؛ لأنه مما يضمن به، ولا خوف عليه من الهلاك[٢].

قال المصنف - رحمه الله تعالى -:

(فصل) ولا يبيع ماله بنسيئة من غير غبطة، فإن كانت السلعة تساوى مائةً نقدًا، ومائةً وعشرين نسيئةً، فباعها بمائة نسيئةً، فالبيع باطل؛ لأنه باع بدون الثمن، وإن باعها بمائة وعشرين نسيئة من غير رهن؛ لم يصح البيع؛ لأنه غرر بالمال، فإن باع بمائة نقدًا، وعشرين مؤجلًا، وأخذ بالعشرين رهنًا، جاز؛ لأنه لو باعها بمائة نقدًا، جاز، فلأن يجوز وقد زاده عشرين أولى، وإن باعها بمائة وعشرين نسيئةً، وأخذ بها رهنًا؛ ففيه وجهان:

أحدهما: لا يجوز؛ لأنه أخرج ماله من غير عوض.

---

(١) ينظر نظام الحجر فى الشريعة لمحمود محمود عبد المنعم.
(٢) ينظر نظام الحجر فى الشريعة لمحمود محمود عبد المنعم.

والثانى: يجوز، وهو ظاهر النص، وقول أبى إسحاق؛ لأنه باع بربح، واستوثق بالرهن، فجاز.

(فصل) ولا يكاتب عبده، ولو كان بأضعاف القيمة؛ لأنه يأخذ العوض من كسبه، وهو مال له، فيصير كالعتق من غير عوض.

(فصل) ولا يسافر بماله من غير ضرورة؛ لأن فيه تغريرًا بالمال، ويروى أن المسافر وماله على قَلَتٍ؛ أى: على هلاك، وفيه قول الشاعر:

بغاث الطير أكثرها فراخًا وأم الباز مقلات نزور

(فصل) فإن دعت إليه ضرورة، بأن خاف عليه الهلاك فى الحضر لحريق، أو نهب؛ جاز أن يسافر به؛ لأن السفر ههنا أحوط.

(الشرح) قوله: «بربح»: الرِّبح والرَّبح والرَّباح لغة: النماء فى التجارة، ويسند الفعل إلى التجارة مجازًا، فيقال: ربحت تجارته؛ فهى رابحة، ومنه قوله تعالى: ﴿فَمَا رَبِحَت تِّجَٰرَتُهُمۡ وَمَا كَانُواْ مُهۡتَدِينَ﴾ [البقرة: ١٦].

قال الأزهرى: ربح فى تجارته إذا أفضل فيها، وأربح فيها: صادف سوقًا ذات ربح، وأربحت الرجل إرباحًا: أعطيته ربحًا. وبعته المتاع واشتريته منه مرابحة: إذا سميت لكل قدر من الثمن ربحًا[١]. ولا يخرج المعنى الاصطلاحى عند الفقهاء عن ذلك.

قوله فى الأثر: «المسافر وَمَالُهُ على قَلَتٍ»[٢] بفتح القاف واللام وتاء فوقها نقطتان، أى: هلاك:

بغاث الطير أكثرها فراخًا وأم الصقر مقلات نزور

بغاث الطير: بُغاث الطير - بكسر الباء، وفتحها، ورفعها -: شِرارُها وما لا يصيد منها، قاله الفراء[٣].

وقال ابن فارس[٤]: البُغَاثُ: ما لا يصيد ولا يمتنع.

---

(١) ينظر اللسان، والمصباح مادة: (ربح).
(٢) ينظر: المغنى (١/ ٣٥٣).
(٣) ينظر الصحاح (بغث).
(٤) ينظر: النعم والبهائم لابن قتيبة (٣٠).

وقال ابن السكيت[١]: البغاث: طائر أبغث إلى الغبرة دُوَيْنَ الرَّخَمَةِ بطىء الطيران، حكاه الجوهرى.

والمِقْلاتُ - بكسر الميم - من النساء: التى لا يعيش لها ولد، ومن النوق: التى تضع واحدًا، ثم لا تحمل بعدها، قاله الجوهرى[٢].

وقيل: المقلات: هى التى تعمل وكرها فى الجبال توقى المهالك. والنزور بنون وزاى وآخره راء: هى القليلة الأولاد.

وقيل: هى التى لها ولد واحد، وقيل: التى لا يعيش لها ولد.

أما البيت فهو للعباس بن مرداس - كما فى ديوانه[٣] ولسان العرب[٤] والتنبيه والإيضاح[٥] وجمهرة اللغة[٦] وشرح ديوان الحماسة للمرزوقى[٧] وشرح ديوان الحماسة للتبريزى[٨] غير أنه فيه: قال أبو رياش: هذا الشعر لمعاوية بن مالك معوِّد الحكماء، وينسب لكثير عزة كما فى ملحق ديوانه[٩] وتاج العروس[١٠]، والعين[١١] ولسان العرب[١٢]، وبلا نسبة فى المخصص[١٣].

الأحكام: ولا يبيع ماله بنسيئة من غير غبطة، فإن كان له سلعة يريد بيعها، وهى تساوى مائة نقدا، ومائة وعشرين نسيئة: فإن باعها بمائة نسيئة لم يصح بيعها سواء أخذ بها رهنا أو لم يأخذ؛ لأن ذلك دون ثمن المثل، وإن باعها بمائة نقدا وعشرين

---

(١) ينظر إصلاح المنطق ص (٧٦).
(٢) ينظر: الصحاح (قلت).
(٣) ص٥٩ .
(٤) مادة (بغث).
(٥) (١/ ١٨٠).
(٦) ص (٢٦٠، ٧١١).
(٧) ص (١١٥٣).
(٨) ٣/ ٨٩ .
(٩) ص٥٣٠ .
(١٠) مادة: (قلت) و (نزر).
(١١) (٥/ ١٢٨، ٧/ ٣٦٠).
(١٢) مادة: (قلت) و (نزر).
(١٣) (٨/ ١٤٤)

نسيئة وأخذ بالعشرين رهنا جاز؛ لأنه قد زاده خيرا.

وإن باعها بمائة وعشرين نسيئة، ولم يأخذ بها رهنا لم يجز له؛ لأنه غرر بماله، وإن باعها بمائة وعشرين نسيئة، وأخذ بالجميع رهنا، ففيه وجهان:

أحدهما: لا يجوز؛ لأن فى ذلك تغريرا بالمال، وقد يتلف الرهن.

والثانى: يصح، وهو قول أبى إسحاق وأكثر أصحابنا؛ لأنه مأمور بالتجارة وطلب الربح ولا يمكنه إلا ذلك.

فعلى هذا يشترط أن يكون المشترى ثقة مليئا؛ لأنه إذا لم يكن ثقة ربما رهنه ما لا يملك، وإذا لم يكن مليئًا فربما تلف الرهن فلا يملك استيفاء الحق منه.

ويشترط أن يكون الرهن يفى بالدين أو أكثر؛ لأنه ربما أفلس أو تلف ما فى يده، فإن لم يمكن استيفاء الحق من الرهن كان وجوده كعدمه.

وهل يشترط الإشهاد مع ذلك؟ فيه وجهان، حكاهما الصيمرى.

فرع: عند الحنفية يجوز للولى أن يبع بثمن حال ومؤجل إلى أجل غير فاحش متى كان المشترى لا يخشى جحوده أو امتناعه من الدفع عند حلول الأجل، وكذلك له أن يشترى نسيئة[1].

فصل: ولا يكاتب عبده مهما بلغت قيمة مال الكتاب؛ لأن المال الذى يؤديه العبد فى الكتابة هو من كسبه، وكسب العبد لسيده؛ فصار كأنه أعتقه من غير عوض.

فصل: فلا يجوز أن يسافر بماله من غير ضرورة؛ لأن فى ذلك تغريرًا بالمال، وقد روى: «أن المسافر ومتاعه على قَلَتٍ»، أى: على هلاك. فإن دعت إليه ضرورة بأن خاف من نهب أو غرق، جاز أن يسافر به إلى حيث يأمن عليه؛ لأن ذلك موضع ضرورة.

قال المصنف - رحمه الله تعالى -:

(فصل) ولا يودع ماله ولا يقرضه من غير حاجة؛ لأنه يخرجه من يده (من غير حاجة)، فلم يجز.

فإن خاف من نهب، أو حريق، أو غرق، أو أراد سفرًا وخاف عليه؛ جاز له

---

(١) ينظر نظام الحجر فى الشريعة لمحمود محمود عبد المنعم.

الإيداع، والإقراض.

فإن قدر على الإيداع دون الإقراض أودع، ولا يودع إلا ثقةً، وإن قدر على الإقراض دون الإيداع، أقرضه، ولا يقرضه إلا ثقةً مليًا؛ لأن غير الثقة يجحد، وغير الملي لا يمكن أخذ البدل منه، فإن أقرض، ورأى أخذ الرهن عليه، أخذ، وإن رأى ترك الرهن، لم يأخذ، وإن قدر على الإيداع، والإقراض، فالإقراض أولى؛ لأن القرض مضمون بالبدل، والوديعة غير مضمونة، فكان القرض أحوط، فإن ترك الإقراض، وأودع؛ ففيه وجهان:

أحدهما: يجوز؛ لأنه يجوز كل واحد منهما، فإذا قدر عليهما؛ تخير بينهما.

والثاني: لا يجوز؛ لقوله - تعالى -: ﴿وَلَا تَقْرَبُوا۟ مَالَ ٱلْيَتِيمِ إِلَّا بِٱلَّتِى هِىَ أَحْسَنُ﴾ [الأنعام: ١٥٢]، والإقراض ههنا أحسن، فلم يجز تركه، ويجوز أن يقترض له إذا دعت إليه الحاجة، ويرهن ماله عليه؛ لأن في ذلك مصلحةً له، فجاز.

(الشرح) الأحكام: وإن خاف على ماله من نهب أو غرق أو حريق، ولم يقدر الولي على المسافرة، أو أراد الولي السفر إلى موضع لا يمكنه نقل المال إليه، أو يحتاج في نقله إلى مؤنة مجحفة - جاز أن يودعه أو يقرضه في هذه الأحوال، فإن قدر على الإيداع دون الإقراض أودعه ثقة، وإن قدر على الإقراض دون الإيداع أقرضه ثقة مليئا وأشهد عليه؛ لأن غير الثقة يجحد وغير المليء لا يمكن أخذ الحق منه، فإن رأى المصلحة في أخذ الرهن أخذه، وإن رأى المصلحة في ترك الرهن لم يأخذه، بأن يكون الموضع مخوفا، وكان الولي ممن يرى سقوط الحق بتلف الرهن؛ لأنه لا حظ له في أخذ الرهن مع ذلك.

وإن قدر على الإقراض والإيداع، فالإقراض أولى؛ لأنه مضمون ببدل، والوديعة غير مضمونة، فإن أودع مع القدرة على الإقراض، ففيه وجهان:

أحدهما: يجوز؛ لأن كل واحد منهما يجوز فيخير بينهما.

والثاني: لا يجوز؛ لأن الإقراض أحظ له، فإذا ترك الأحظ ضمن.

فرع: وإن لم يخف الولي على مال المحجور عليه شيئًا مما سبق، وأراد إقراض ماله، أي: دون ضرورة تدعو إلى ذلك - لم يجز له أن يقرضه؛ لأن في إقراض المال تعطيلًا عن استثماره وتنميته؛ فيكون ذلك ضررا في حق المحجور عليه وإجحافًا به، والولي إنما أجيز له التصرف فيما فيه الحظ للمحجور عليه؛ فلم يجز له

إقراض المال؛ بناءً على ذلك.

قال المصنف - رحمه الله تعالى -:

(فصل) وينفق عليه بالمعروف من غير إسراف، ولا إقتار؛ لقوله - تعالى-: ﴿وَالَّذِينَ إِذَآ أَنفَقُواْ لَمْ يُسْرِفُواْ وَلَمْ يَقْتُرُواْ وَكَانَ بَيْنَ ذَٰلِكَ قَوَامًا﴾ [الفرقان: ٦٧] وإن رأى أن يخلط ماله بماله فى النفقة، جاز؛ لقوله - تعالى -: ﴿وَيَسْـَٔلُونَكَ عَنِ ٱلْيَتَٰمَىٰ قُلْ إِصْلَاحٌ لَّهُمْ خَيْرٌ وَإِن تُخَالِطُوهُمْ فَإِخْوَٰنُكُمْ وَٱللَّهُ يَعْلَمُ ٱلْمُفْسِدَ مِنَ ٱلْمُصْلِحِ﴾ [البقرة: ٢٢٠]، فإن بلغ الصبى، واختلفا فى النفقة؛ فإن كان الولى هو الأب، أو الجد؛ فالقول قوله، وإن كان غيرهما؛ ففيه وجهان:

أحدهما: يقبل؛ لأن فى إقامة البينة على النفقة مشقةً، فقبل قوله.

والثانى: لا يقبل قوله، كما لا يقبل فى دعوى الضرر، والغبطة فى بيع العقار.

(الشرح) **قوله:** «من غير إسراف»: معنى الإسراف فى اللغة: يذكر ابن فارس فى «معجم مقاييس اللغة» أن مادة سرف لها أصل واحد يدل على تعدى الحد والإغفال للشىء أيضًا. تقول: فى الأمر سرف، أى: مجاوزة للحد. ويقال: مر بهم فسرفهم، أى: أغفلهم، ومما يعود إلى أصل المادة أيضًا استعمال السرف بمعنى الجهل أو الضراوة أى الشدة[١]، وفى لسان العرب: أن السرف والإسراف مجاوزة القصد، وأسرف فى ماله عجل من غير قصد، وأسرف فى الكلام وفى القتل: أفرط، والسرف: الخطأ بمعنى وضع الشىء فى غير حقه، والسرف اللهج بالشىء، والسرف ضد القصد، وأكله سرفًا: أى فى عجلة[٢]. ونقل النووى عن الأزهرى أن السرف هو مجاوزة الحد المعروف لمثله[٣]. أما الإسراف فى استعمال الفقهاء فلا يخرج عن أحد معانيه اللغوية.

قوله: ﴿وَالَّذِينَ إِذَآ أَنفَقُواْ لَمْ يُسْرِفُواْ وَلَمْ يَقْتُرُواْ وَكَانَ بَيْنَ ذَٰلِكَ قَوَامًا﴾: قرأ الكوفيون[٤] بفتح الياء وضم التاء من «يقتروا»، وابن كثير وأبو عمرو بالفتح والكسر، ونافع وابن عامر بالضم والكسر من أقتر[٥]، ﴿عَلَى ٱلْمُوسِعِ قَدَرُهُۥ وَعَلَى ٱلْمُقْتِرِ قَدَرُهُۥ﴾

---

(١) ينظر معجم مقاييس اللغة (٣/ ١٥٣).
(٢) ينظر اللسان (سرف).
(٣) ينظر تهذيب الأسماء واللغات (٢/ ١٤٨).
(٤) هم: عاصم وحمزة، والكسائى. ينظر: السبعة (٤٦٦)، وانظر اللباب (١٤/ ٥٦٦ - ٥٦٨).
(٥) ينظر السبعة (٤٦٦)، الكشف (٢/ ١٤٧)، النشر (٢/ ٣٣٤)، الإتحاف (٣٣٠).

[البقرة: ٢٣٦]، وأنكر أبو حاتم «أَقْتَرَ»، وقال: لا يناسب هنا؛ فإن «أقتر» بمعنى افتقر، ومنه ﴿وَعَلَى ٱلْمُقْتِرِ قَدَرُهُۥ﴾[١] ورد عليه بأن الأصمعى وغيره حكوا «أقتر» بمعنى «ضَيَّق»[٢]. وقرأ العلاء بن سيابة واليزيدى بضم الياء وفتح القاف وكسر التاء مشددة[٣] من «قَتَّر» بمعنى «ضيّق»، وكلها لغات[٤]، والقَتْر والإقْتار والتَّقْتير التضييق الذى هو نقيض الإسراف، والإسراف مجاوزة الحد فى النفقة[٥].

المراد من الآية القصد بين الغلو والتقصير، كقوله تعالى: ﴿وَلَا تَجْعَلْ يَدَكَ مَغْلُولَةً إِلَىٰ عُنُقِكَ وَلَا تَبْسُطْهَا كُلَّ ٱلْبَسْطِ﴾[٦] [الإسراء: ٢٩]. وسأل ابن الورد بعض العلماء: ما البناء الذى لا سرف فيه؟ قال: ما سترك عن الشمس، وأكنَّك من المطر. وقال له: ما الطعام الذى لا سرف فيه؟: فقال: ما سد الجوعة، وقال له فى اللباس: ما ستر عورتك وأدفأك من البرد[٧].

وقال ابن عباس ومجاهد وقتادة والضحاك: الإسراف فى النفقة من معصية الله تعالى، والإقتار: منع حق الله تعالى[٨].

قال مجاهد: لو أنفق الرجل مثل أبى قبيس ذهبًا فى طاعة الله لم يكن مسرفًا[٩] وأنشدوا:

ذهاب المال فى حمد وأجر ذهاب لا يقال له ذهاب

وقيل: السرف مجاوزة الحد فى التنعم والتوسع وإن كان من حلال؛ لأنه يؤدى

---

(١) والاستشهاد بالآية على استعمال الفعل أقتر، فإنه جاء منه «المقتر» اسم فاعل منه. الكشف (٢/ ١٤٧).

(٢) انظر القرطبى (١٣/ ٧٤)، البحر المحيط (٦/ ٥١٤).

(٣) المختصر (١٠٥).

(٤) من قرأ بفتح الياء وكسر التاء أخذه من قتر يقتر مثل ضرب يضرب، ومن ضم التاء أخذه من قتر يقتر مثل خرج يخرج، ومن الياء وكسر التاء أخذه من أقتر يقتر. الحجة لابن خالويه (٢٦٦). وفى اللسان (قتر): يقال: قتر وأقتر بمعنى واحد، وقتر على عياله يقتر ويقتر قترًا وقتورًا، أى ضيق عليهم فى النفقة.

(٥) انظر الكشاف (٣/ ١٠٤)، الفخر الرازى (٢٤/ ١٠٩).

(٦) انظر الفخر الرازى (٢٤/ ١٠٩).

(٧) المرجع السابق.

(٨) المرجع السابق.

(٩) المرجع السابق.

إلى الخيلاء وكسر قلوب الفقراء[١].

قوله: ﴿وَكَانَ بَيْنَ ذَٰلِكَ قَوَامًا﴾ [الفرقان: ٦٧] فى اسم «كان» وجهان:

أشهرهما: أنه ضمير يعود على الإنفاق المفهوم من قوله «أنفقوا». أى: وكان إنفاقهم مستويًا قصدًا لا إسرافًا ولا تقتيرًا، وفى خبرها وجهان:

أحدهما: هو «قوامًا» و «بين ذلك» إما معمول له، وإما لـ «كان» عند من يرى إعمالها فى الظرف، وإما المحذوف على أنه حال من «قوامًا»، ويجوز أن يكون «بين ذلك قوامًا»، خبرين لـ «كان» عند من يرى ذلك، وهم الجمهور خلافًا لابن درستويه[٢].

والثانى: أن الخبر «بين ذلك» و «قوامًا» حال مؤكدة[٣].

والثانى من الوجهين الأولين: أن يكون اسمها «بين ذلك» وبنى لإضافته إلى غير متمكن، و «قوامًا» خبرها قاله الفراء[٤]. قال الزمخشرى: وهو من جهة الإعراب لا بأس به، ولكنه من جهة المعنى ليس بقوى؛ لأن ما بين الإسراف والتقتير قوام لا محالة فليس فى الخبر الذى هو معتمد الفائدة فائدة[٥].

قال شهاب الدين: وهو يشبه قولك: كان سيد الجارية مالكها[٦]. قال ثعلب: القوام - بالفتح - العدل والاستقامة، وبالكسر ما يدوم عليه الأمر ويستقر[٧].

وقال الزمخشرى: القوام: العدل بين الشيئين لاستقامة الطرفين واعتدالهما، وبالكسر ما يقام به الشىء لا يفضل عنه ولا ينقص[٨]. وقرأ حسان بن عبد

(١) المرجع السابق.

(٢) وذلك أن ابن درستويه لا يجوز تعدد خبر (كان) ووجهه أن هذه الأفعال شبهت بما يتعدى إلى واحد فلا يزاد على ذلك. انظر الكشاف (٣/ ١٠٤)، البيان (٢/ ٢٠٨)، البحر المحيط (٦/ ٥١٤)، الهمع (١/ ١١٤).

(٣) انظر الكشاف (٣/ ١٠٤)، التبيان (٢/ ٩٩١)، البحر المحيط (٦/ ٥١٤).

(٤) قال الفراء: (وإن شئت جعلت (بين» فى معنى رفع، كما تقول: كان دون هذا كافيًا لك، تريد: أقل من هذا كان كافيًا لك، وتجعل «وكان بين ذلك» كان الوسط من ذلك قوامًا) معانى القرآن (٢/ ٢٧٣).

(٥) الكشاف (٣/ ١٠٤).

(٦) الدر المصون (٥/ ١٤٥).

(٧) ينظر الفخر الرازى (٢٤/ ١١٠).

(٨) انظر الكشاف (٣/ ١٠٤)، بتصرف يسير.

الرحمن[١]: «قوامًا» بكسر القاف[٢]، فقيل: هما بمعنى[٣]، وقيل: بالكسر اسم ما يقام به الشىء[٤]، وقيل: بمعنى سدادًا وملاكًا[٥].

الأحكام: وينفق عليه ويكسوه من غير إسراف ولا إقتار؛ لقوله - تعالى -: ﴿وَٱلَّذِينَ إِذَآ أَنفَقُواْ لَمۡ يُسۡرِفُواْ وَلَمۡ يَقۡتُرُواْ وَكَانَ بَيۡنَ ذَٰلِكَ قَوَامًا﴾ [الفرقان: ٦٧].

وإن كان الصبى مكتسبا، قال أبو إسحاق المروزى: أجبره الولى على الاكتساب لنفقته، وحفظ عليه ماله؛ لأن ذلك أحظ له.

فرع: وإن رأى الولى أن الحظ للمولى عليه بخلط نفقته مع نفقته؛ بأن كان إذا خلط دقيقه بدقيقه كان أرفق به فى المؤنة وأكثر له فى الخبز؛ جاز له الخلط؛ لما روى أنه لما نزل قوله - تعالى -: ﴿إِنَّ ٱلَّذِينَ يَأۡكُلُونَ أَمۡوَٰلَ ٱلۡيَتَٰمَىٰ ظُلۡمًا إِنَّمَا يَأۡكُلُونَ فِى بُطُونِهِمۡ نَارًاۖ وَسَيَصۡلَوۡنَ سَعِيرًا﴾ [النساء: ١٠] تجنب أصحاب النبى ﷺ اليتامى، وأفردوهم عنهم؛ فنزل قوله - تعالى -: ﴿وَإِن تُخَالِطُوهُمۡ فَإِخۡوَٰنُكُمۡۚ وَٱللَّهُ يَعۡلَمُ ٱلۡمُفۡسِدَ مِنَ ٱلۡمُصۡلِحِۚ وَلَوۡ شَآءَ ٱللَّهُ لَأَعۡنَتَكُمۡۚ﴾ [البقرة: ٢٢٠] أى: لضيَّق عليكم؛ لأن العنت: الضيق.

وإن كان الحظ له فى إفراده لم تجز الخلطة؛ لقوله - تعالى -: ﴿وَلَا تَقۡرَبُواْ مَالَ ٱلۡيَتِيمِ إِلَّا بِٱلَّتِى هِىَ أَحۡسَنُ﴾ [الأنعام: ١٥٢].

فرع: فإن بلغ الصبى، واختلف هو والولى فى قدر نفقته:

فإن كان الولى أبا أو جدا، فإن ادعى أنه أنفق عليه زيادة على النفقة بالمعروف، لزمهما ضمان تلك الزيادة؛ لأنه مفرط، وإن ادعيا النفقة بالمعروف، فالقول قولهما مع أيمانهما؛ لأنهما غير متهمين.

وإن كان الولى غيرهما: كالوصى وأمين الحاكم، وادعيا النفقة بالمعروف، فهل يقبل قولهما من غير بينة؟ فيه وجهان:

---

(١) لعله حسان بن ثابت أبو عبدالرحمن؛ لأنه ليس فى كتب تراجم القراء حسان بن عبدالرحمن راويًا أو مرويًا عنه.

(٢) انظر المختصر (١٠٥)، المحتسب (٢/ ١٢٥)، تفسير ابن عطية (١١/ ٧٣)، القرطبى (١٣/ ٧٤)، البحر المحيط (٦/ ٥١٤).

(٣) انظر القرطبى (١٣/ ٧٤)، البحر المحيط (٦/ ٥١٤).

(٤) انظر الكشاف (٣/ ١٠٤).

(٥) انظر تفسير ابن عطية (١١/ ٧٣).

أحدهما: لا يقبل قولهما من غير بينة؛ كما لا يقبل ذلك منهما فى دعوى بيع العقار.

والثانى: يقبل قولهما مع أيمانهما.

قال ابن الصباغ: وهو الأصح؛ لأن إقامة البينة تتعذر، بخلاف البيع؛ فإنه لا يتعذر عليه إقامة البينة.

إذا ثبت هذا: فمن حق الموصى عليه على الوصى الإنفاق عليه بالمعروف بحسب المال ومن حقه عليه الإنفاق عليه فى ختنه وعرسه.

ومن حق الوصى: أن يدفع له النفقة القليلة لنحو الشهر إن ظن أنه لا يتلفها، فإن خاف ذلك دفع له نفقة يوم بيوم(١).

وذهب الحنفية إلى أنه إذا بلغ الولد رشيدا، صح له أن يحاسب أباه على أمواله ويتسلمها، وكل شىء يدعيه الأب عند الحساب يلزم الولد إن صدقه، فإن لم يصدقه حلف الأب على كل ما ادعى ضياعه من طعام وكسوة، وكذلك كل ما ادعى إنفاقه على الولد، وكان لا يكذبه الظاهر، كأن ادعى أنه أنفق عليه مبلغ كذا، وهو نفقة المثل والمدة تحتمله، وأما إذا كذبه الظاهر، كأن ادعى ضياع النفقة والكسوة مرارًا، وكان المقدار المدعى إنفاقه أكثر من نفقة المثل فى هذه المدة - فإن القاضى يحاسبه على نفقة المثل لا الزيادة(٢).

والأصل فى النفقة عندهم أن النفقة الواجبة على الأب: كالطعام والكسوة والسكنة وأجرة الحضانة - ليس له الرجوع على ولده بشىء منها، ولو أشهد عند إنفاقه أنه أنفق ليرجع، وذلك ما دام الولد لا مال له؛ لأن ذلك كله واجب عليه، فلا يرجع على الولد إذا أيسر.

وأما إذا اشترى شيئًا غير واجب عليه فإنه يرجع على ولده به إذا أشهد عند شرائه أنه دفع الثمن ليرجع به، وإن لم يشهد فلا رجوع؛ إذ العادة أن الآباء يبرون أبناءهم بأن يشتروا لهم شيئًا من مال أنفسهم، فما لم يشهدوا بقى على أصل العادة(٣).

---

(١) ينظر نظام الحجر فى الشريعة لسليمان عثمان.
(٢) ينظر نظام الحجر فى الشريعة لمحمود محمود عبد المنعم.
(٣) ينظر نظام الحجر فى الشريعة لمحمود محمود عبد المنعم.

قال المصنف - رحمه الله تعالى -:

(فصل) وإن أراد أن يبيع ماله بماله، فإن كان أبًا أو جدًا؛ جاز ذلك؛ لأنهما لا يتهمان فى ذلك؛ لكمال شفقتهما، وإن كان غيرهما؛ لم يجز؛ لما روى أن النبى ﷺ قال: «لا يشترى الوصى من مال اليتيم» ولأنه متهم فى طلب الحظ له فى بيع ماله من نفسه، فلم يجعل ذلك إليه.

(فصل) وإن أراد أن يأكل من ماله؛ نظرت: فإن كان غنيًا، لم يجز؛ لقوله - تعالى -: ﴿وَمَن كَانَ غَنِيًّا فَلْيَسْتَعْفِفْ﴾ [النساء: ٦]، وإن كان فقيرًا، جاز أن يأكل؛ لقوله تعالى: ﴿وَمَن كَانَ فَقِيرًا فَلْيَأْكُلْ بِٱلْمَعْرُوفِ﴾ [النساء: ٦] وهل يضمن البدل؟ فيه قولان:

أحدهما: لا يضمن؛ لأنه أجيز له الأكل بحق الولاية، فلم يضمنه؛ كالرزق الذى يأكله الإمام من أموال المسلمين.

والثانى: أنه يضمن؛ لأنه مال لغيره، أجيز له أكله، للحاجة، فوجب ضمانه، كمن اضطر إلى مال غيره.

(الشرح) قوله: «لا يشترى الوصى من مال اليتيم...» ذكره الحافظ فى التلخيص [1] وقال لم أجده، وقد أخرج البيهقى [2] من طريق زهير بن أبى إسحاق عن صلة بن زفر قال: كنت جالسًا عند ابن مسعود فجاء رجل من همدان على فرس أبلق فقال: يا أبا عبد الرحمن اشتر هذا؟ قال: ما له؟ قال: إن صاحبه أوصى إلى قال: لا تشتره ولا تستقرض من ماله.

قوله «لكمال شفقتهما» الشفق والشفقة: حرص الناصح على صلاح المنصوح يقال: لى عليه شفقة، أى: رحمة ورقة وخوف من حلول مكروه به، مع نصح، وقد أشفق عليه أن يناله مكروه.

وقال الراغب: الإشفاق: عناية مختلطة بخوف؛ لأن المشفق يحب المشفق عليه ويخاف ما يلحقه قال الله عز وجل: ﴿وَهُم مِّنَ ٱلسَّاعَةِ مُشْفِقُونَ﴾ فإذا عدى بـ «من» فمعنى الخوف فيه أظهر، وإذا عدى بـ «على» فمعنى العناية فيه أظهر، وأنشد الصاغانى

---

(١) (٣/٩٦).
(٢) (٦/٣).

لتأبط شرًّا:

ولا أَقُولُ إِذا ما خُلَّةٌ صَرمَتْ   يا وَيْحَ نَفْسِى مِنْ شَوْقٍ وإِشْفاقِ[(١)]

قوله «فَلْيَسْتَعْفِفْ» أى: يتنزه عن أكل مال اليتيم؛ فإنه عليه كالميتة والدم. وليقنع بما آتاه الله - تعالى - من الرزق ﴿وَمَن كَانَ فَقِيرًا﴾ [النساء: ٦]، يمنعه اشتغاله بمال اليتيم عن الكسب. وإهماله يفضى إلى تلفه عليه ﴿فَلْيَأْكُلْ بِالْمَعْرُوفِ﴾ [النساء: ٦] بقدر حاجته الضرورية وأجرة سعيه وخدمته. كما رواه ابن أبى حاتم عن عائشة حيث قالت: فليأكل بالمعروف بقدر قيامه عليه. ورواه البخارى[(٢)] أيضًا. قال ابن كثير: قال الفقهاء: له أن يأكل أقل الأمرين أجرة مثله. وقدر حاجته. وهل يردّ إذا أيسر؟ وجهان:

أحدهما لا يرد لأنه أكل بأجرة عمله وكان فقيرًا. وهذا هو الصحيح عند أصحاب الشافعى؛ لأن الآية أباحت الأكل من غير بدل. وروى الإمام أحمد عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده أن رجلاً سأل النبىّ ﷺ فقال: ليس لى مال ولى يتيم. فقال: «كُلْ مِنْ مَالِ يَتِيمِكَ غَيْرَ مُسْرِفٍ وَلاَ مُبَذِّرٍ وَلاَ مُتَأَثِّلٍ مَالاً. وَمِنْ غَيْرِ أَنْ تَقِىَ مَالَكَ - أَوْ قَالَ تَفْدِىَ مَالَكَ بِمَالِهِ»[(٣)] ورواه ابن أبى حاتم ولفظه: «كل بالمعروف غير مسرف»[(٤)] ورواه أبو داود والنسائى وابن ماجه. وروى ابن حبان فى (صحيحه) وابن مردويه فى (تفسيره) عن جابر: أن رجلاً قال: يا رسول الله، مما أضرب يتيمى؟ قال: «مِمَّا كُنْتَ ضَارِبًا مِنْهُ وَلَدَكَ غَيْرَ وَاقٍ مَالَكَ بِمَالِهِ، وَلاَ مُتَأَثِّلٍ مِنْهُ مَالاً»[(٥)].

---

(١) ينظر التاج (٢٥/٥٠٨، ٥٠٩).

(٢) أخرجه البخارى (٩/١١٢)، كتاب التفسير باب (ومن كان فقير فليأكل...) (٤٥٧٥)، وذكره السيوطى فى الدر (٢/ ٢١٥)، وزاد نسبته إلى عبد بن حميد وابن جرير وابن المنذر وابن أبى حاتم والبيهقى فى السنن.

(٣) أخرجه أحمد فى المسند (٢/ ١٨٦، ٢١٥)، وأبو داود (٢/ ١٢٨) كتاب الوصايا باب ما جاء فيما لولى اليتيم أن يقال من مال اليتيم (٢٨٧٢) والنسائى (٦/ ٢٥٦) كتاب الوصايا باب ما للوصى من مال اليتيم وابن الجارود (٩٥٢)، والبيهقى فى السنن الكبرى (٦/ ٢٨٤) وابن ماجه (٤/ ٢٨١) كتاب الوصايا باب قوله تعالى: ﴿ومن كان فقيرًا فليأكل﴾ (٢٧١٨).

(٤) كما فى الدر المنثور (٢/ ٢١٦).

(٥) أخرجه ابن حبان (الإحسان - ٤٢٤٤).

وذكره السيوطى فى الدر المنثور (٢/ ٢١٦).

وله شاهد مرسل عن الحسن البصرى أخرجه ابن جرير (٨٦٥٠) وذكره السيوطى فى الدر المنثور (٢/ ٢١٦) وزاد نسبته إلى عبدالرزاق وسعيد بن منصور وعبد بن حميد وابن =

وروى عبد الرزاق عن الثورىّ عن يحيى بن سعيد عن القاسم بن محمد قال: جاء أعرابىّ إلى ابن عباس فقال: إن فى حجرى أيتامًا. وإن لهم إبلاً ولى إبل، وأنا أمنح من إبلى فقراء. فماذا يحل لى من ألبانها؟ فقال: إن كنت تبغى ضالتها، وتهنأ جرباها، وتلوط حوضها، وتسعى عليها - فاشرب غير مضرّ بنسل، ولا ناهك فى الحلب(١). ورواه مالك فى موطئه. وبهذا القول - وهو عدم أداء البدل - يقول عطاء بن أبى رباح وعكرمة وإبراهيم النخعىّ وعطية العوفىّ والحسن البصرىّ.

والوجه الثانى: يردّ؛ لأن مال اليتيم على الحظر وإنما أبيح للحاجة، فيردّ بدله كأكل مال الغير للمضطر عند الحاجة. وقد روى ابن أبى الدنيا عن حارثة بن مُضَرِّب قال: قال عمر - رضى الله عنه -: إنى أنزلت نفسى من هذا المال منزلة والى اليتيم: إن استغنيت استعففت، وإن احتجت استقرضت، فإذا أيسرت قضيت. وروى سعيد بن منصور فى (سننه): حدثنا أبو الأحوص عن أبى إسحاق عن البراء قال: قال لى - عمر رضى الله عنه -: إنما أنزلت نفسى من مال الله بمنزلة والى اليتيم إن احتجت أخذت منه، فإذا أيسرت رددته، وإن استغنيت استعففت(٢). قال ابن كثير: إسناد صحيح.

وروى البيهقى عن ابن عباس نحو ذلك. وهكذا رواه ابن أبى حاتم من طريق علىّ بن أبى طلحة عن ابن عباس، فى قوله: ﴿فَلْيَأْكُلْ بِٱلْمَعْرُوفِۚ﴾ [النساء: ٦] يعنى القرض(٣). قال وروى عن عبيدة(٤) وأبى العالية(٥) وأبى وائل(٦)، وسعيد

= أبى شيبة والنحاس فى ناسخه غير أنه فى الدر عن الحسن العوفى وليس البصرى.

(١) أخرجه ابن جرير فى تفسيره (٨٦٣٣) و (٨٦٣٤) وذكره السيوطى فى الدر المنثور (٢/ ٢١٦) وعزاه إلى مالك وسعيد بن منصور وعبد بن حميد وابن المنذر والنحاس فى ناسخه وابن جرير.

(٢) ذكره السيوطى فى الدر المنثور (٢/ ٢١٦) وعزاه إلى عبدالرزاق وسعيد بن منصور وابن سعد وابن أبى شيبة وعبد بن حميد وابن أبى الدنيا وابن جرير والنحاس فى ناسخه وابن المنذر والبيهقى فى سننه من طرق عنه.

(٣) أخرجه ابن جرير فى تفسيره (٨٦٠٦) و (٨٦٠٧) وذكره السيوطى فى الدر (٢/ ٢١٥ - ٢١٦) وزاد نسبته إلى ابن أبى حاتم.

(٤) أخرجه ابن جرير فى تفسيره (٨٦٠١ - ٨٦٠٥).

(٥) أخرجه ابن جرير (٨٦١٩).

(٦) أخرجه ابن جرير (٨٦٢٠).

ابن جبير[١](في إحدى الروايات) ومجاهد[٢]والضحاك والشعبي[٣]والسدي نحو ذلك. قال الفخر الرازي: وبعض أهل العلم خص هذا الإقراض بأصول الأموال من الذهب والفضة وغيرها. وأما التناول من ألبان المواشي واستخدام العبيد وركوب الدواب فمباح له إذا كان غير مضر بالمال. وهذا قول أبي العالية وغيره. واحتجوا بأن الله - تعالى - قال: ﴿فَإِذَا دَفَعْتُمْ إِلَيْهِمْ أَمْوَالَهُمْ﴾ [النساء: ٦]، فحكم في الأموال بدفعها إليهم. انتهى.

أقول: الكل محتمل؛ إذ لا نص من الأصلين على واحد منها. ولا يخفى الورع ﴿فَإِذَا دَفَعْتُمْ إِلَيْهِمْ أَمْوَالَهُمْ﴾ [النساء: ٦] أي بعد البلوغ والرشد ﴿فَأَشْهِدُوا عَلَيْهِمْ﴾ [النساء: ٦] أي عند الدفع بأنهم قبضوها؛ فإنه أنفى للتهمة وأبعد من الخصومة. قال السيوطي: فيه الأمر بالإشهاد ندبًا - وقيل: وجوبًا - ويستفاد منه أن القول في الدفع قول الصبي، لا الولي؛ فلا يقبل قوله إلا ببينة ﴿وَكَفَىٰ بِاللَّهِ حَسِيبًا﴾ [النساء: ٦] أي كافيًا في الشهادة عليكم بالدفع والقبض، أو محاسبًا؛ فلا تخالفوا ما أمركم به. ولا يخفى موقع هذا التذييل هنا؛ فإن الوصي يحاسب على ما في يده، وفيه وعيد لولي اليتيم وإعلام له أنه تعالى يعلم باطنه كما يعلم ظاهره؛ لئلا ينوي أو يعمل في ماله ما لا يحل، ويقوم بالأمانة التامة في ذلك إلى أن يصل إليه ماله. وقد ثبت في صحيح مسلم أن رسول الله ﷺ قال: «يَا أَبَا ذَرٍّ، إِنِّي أَرَاكَ ضَعِيفًا، وَإِنِّي أُحِبُّ لَكَ مَا أُحِبُّ لِنَفْسِي، لَا تَأَمَّرَنَّ عَلَى اثْنَيْنِ وَلَا تَوَلَّيَنَّ مَالَ يَتِيمٍ»[٤].

قوله: «البدل»: الإبدال لغة: جعل شيء مكان شيء آخر، والاستبدال مثله؛ فلا فرق عند أهل اللغة بين اللفظين في المعنى[٥]، وكذلك الأمر عند الفقهاء، فهم يستعملون اللفظين أحدهما مكان الآخر[٦].

الأحكام: ويجوز للأب والجد أن يبيعا مالهما من الصبي ويشتريا ماله لأنفسهما،

---

(١) أخرجه ابن جرير (٨٦٠٨ - ٨٦١٢).
(٢) أخرجه ابن جرير (٨٦١٤ - ٨٦١٦، ٨٦١٨).
(٣) أخرجه ابن جرير (٨٦١٣).
(٤) أخرجه مسلم (٣/ ١٤٥٧ - ١٤٥٨) كتاب الامارة: باب كراهة الإمارة بغير ضرورة حديث (١٧/ ١٨٢٦) وينظر تفسير القاسمي (٥/ ٣٩ - ٤٢).
(٥) اللسان وتاج العروس المصباح المنير (بدل).
(٦) ابن عابدين (٢/ ٢١) والخرشي (٧/ ١٥)، والقليوبي (٣/ ٤٧، ٨٠)، والمغني (٢/ ٥٣٤).

إذا رأيا الحظ فى ذلك؛ لأنهما لا يتهمان فى ذلك.

قال الصيمرى: فيحتاج أن يقول: قد اشتريت هذا لابنى من نفسى؛ فيجمع بين لفظ البيع والشراء، قال: وغلط بعض أصحابنا وقال: تكفيه نيته فى ذلك من غير قول؛ لأنه يخاطب نفسه، وليس بشىء؛ لأنا قد أقمناه مقام المشترى فى لفظ الشراء ومقام البائع فى لفظ البيع.

ولو احتاج إلى قرض فأقرضه أبوه أو جده، وأخذ من ماله رهنا، قال الصيمرى: فيه وجهان:

الأصح: أنه يجوز، إلا أن يكون قد أقرضه متطوعا، ثم أحب بعد ذلك أن يأخذ عليه رهنا، فلا يكون له.

وأما غير الأب والجد من الأولياء: كالوصى وأمين الحاكم، فلا يجوز أن يبيع ماله من الصبى، ويتولى طرفى العقد، ولا يجوز أن يشترى ماله بنفسه؛ لما روى أن النبى ﷺ قال: «لَا يَشْتَرِى الْوَصِىُّ مِنْ مَالِ اليتيم»، ولأن غير الأب والجد يتهم فى ذلك؛ فلم يجز.

فرع: وعند المالكية أنه ليس للوصى أن يشترى لنفسه من مال المحجور، فإن اشترى رفع ما اشتراه إلى السوق: فإن زاد ثمنه، فاختلف فيه على قولين فى مذهب الإمام مالك:

قول يأخذه بما اشتراه أولا، وقول يأخذه بالزيادة كغيره من سائر الناس، ولا وجه للقول الأول ما دام الرفع إلى السوق إنما هو للسوم؛ تحقيقا للمصلحة، ومصلحة المحجور إنما هى فى الزيادة، وإن لم يزد الثمن أخذه الوصى بما اشترى[(١)].

وليس للوصى أو الحاكم أن يبيع ماله للمولى عليه، ولا أن يشترى مال المولى عليه لنفسه؛ لأن كلا منهما متهم على جلب الخير لنفسه فيما باع له وفيما اشترى لنفسه.

أما الأب؛ فلأنه ليس موضع هذه التهمة فجاز له ذلك[(٢)].

فرع: وعند الحنفية: أن الأب له حق مباشرة التصرف فى أموال ولده، ويعقد بينه

---

(١) ينظر نظام الحجر فى الشريعة لسليمان عثمان.

(٢) ينظر نظام الحجر فى الشريعة لسليمان عثمان.

وبين ولده عقودًا يتولاها، وتكون عبارته قائمة مقام الإيجاب والقبول، فله أن يشترى مال ولده لنفسه، وأن يبيع مال نفسه لولده، ويتم العقد بمجرد قوله: بعت هذا الشيء من ولدى أو اشتريته منه.

ثم إذا اشترى مال ولده، لزمه الثمن؛ فلا بد أن يسلمه، وذلك يكون إلى وصى ينصبه القاضى فيقبض الثمن، ثم يسلمه للأب؛ ليضمه إلى مال ولده.

ولا يعتبر قبضه من نفسه قبضا؛ دفعا للتهمة عنه بأنه لم يضم ذلك الثمن إلى مال ولده.

وكذلك إذا باع ماله من ولده لا يكون قابضًا له بمجرد البيع، فإذا كان المعقود عليه بعيدا عن محل الأب، لزمه الذهاب إليه بعد العقد وتسلمه وضمه إلى مال ولده، فإذا هلك قبل ذلك هلك على الأب لا على الولد؛ احتياطًا بتقليل الأخطار عن أموال الولد بالقدر الممكن، ويصح للأب تأجيل ثمن ما اشترى من ولده أو باعه، منه وأَخْذ رهن بذلك(١).

فصل: إذا أراد الولى أن يأكل من مال المولى عليه: فإن كان الولى غنيا، لم يجز له أن يأكل منه، وإن كان فقيرا، ويقطعه العمل على مال المولى عليه عن الاكتساب لنفسه - قال الشافعى: فله أن يأخذ من ماله أقل الأمرين من كفايته، أو أجرة عمله؛ لقوله - تعالى -: ﴿وَٱبْتَلُوا۟ ٱلْيَتَـٰمَىٰ﴾ إلى قوله: ﴿وَلَا تَأْكُلُوهَآ إِسْرَافًا وَبِدَارًا أَن يَكْبَرُوا۟ وَمَن كَانَ غَنِيًّا فَلْيَسْتَعْفِفْ وَمَن كَانَ فَقِيرًا فَلْيَأْكُلْ بِٱلْمَعْرُوفِ﴾ [النساء: ٦].

فمعنى قوله: ﴿وَبِدَارًا أَن يَكْبَرُوا۟﴾ [النساء: ٦] أى: لا تأكلوا أموال اليتامى مبادرة؛ لئلا يكبروا فيأخذوها؛ لأنه يستحق ذلك بالعمل والحاجة. هكذا ذكر عامة أصحابنا، وذكر المصنف أنه إذا كان فقيرًا جاز له الأكل - من غير تفصيل - ولعله أراد بإطلاقه ما ذكر غيره، وهل يضمن الولى ما أكله بالبدل؟ فيه قولان:

أحدهما: يجب عليه ضمانه فى ذمته؛ لأنه استباحة للحاجة من مال غيره؛ فوجب عليه قضاؤه، كمن اضطر إلى طعام غيره.

والثانى: لا يجب ضمانه؛ لأن الله - تعالى - أباح له الأكل، ولم يوجب عليه

---

(١) ينظر نظام الحجر فى الشريعة لمحمود محمود عبد المنعم.

الضمان، ولأن ذلك استحقه بعمله في ماله؛ فلم يلزمه رد بدله كالمستأجر.

قال المصنف - رحمه الله تعالى -:

(فصل) ولا يفك الحجر عن الصبي حتى يبلغ، ويؤنس منه الرشد؛ لقوله - تعالى -: ﴿حَتَّىٰٓ إِذَا بَلَغُوا۟ ٱلنِّكَاحَ فَإِنْ ءَانَسْتُم مِّنْهُمْ رُشْدًا فَٱدْفَعُوٓا۟ إِلَيْهِمْ أَمْوَٰلَهُمْ﴾ [النساء: ٦] فأما البلوغ فإنه يحصل بخمسة أشياء: ثلاثة يشترك فيها الرجل والمرأة وهي: الإنزال، والسن، والإنبات.

واثنان تختص بهما المرأة وهما: الحيض والحبل.

(الشرح) **قوله** لقوله تعالى: ﴿فَإِنْ ءَانَسْتُم مِّنْهُمْ رُشْدًا﴾ [النساء: ٦] أي: علمتم، وأصله: العلم بالخبرة، وقيل: أبصرتم[(١)]، ومنه إنسان العين، وهو: الحدقة التي يبصر بها، يقال: آنست منه رشدًا، أي: علمته، وآنست الصوت، أي: سمعته.
والرشد: خلاف الغي، يقال: رشد - بالفتح - يرشد رشدًا بالضم، ورشد - بالكسر - يرشد بالفتح[(٢)] رَشَدًا ورُشْدًا ورشادًا (لغات فيه).

الأحكام: اتفقت كلمة العلماء على أن المحجور عليه الصغير إذا بلغ وأونس منه الرشد، فُكَّ عنه الحجرُ وسُلِّمَ إليه مالُه.

ولكنهم اختلفوا: هل يزول الحجر عنه بالبلوغ والرشد بدون مزيل، أو لا بد مع ذلك من فك القاضي إن كان الذي يلي أمر الصبي مقاما من قبله، أو لا بد من فك الوصي إن كان هو الذي يلي أمر المحجور؟

فقال الحنفية والشافعية والحنابلة والظاهرية: يزول الحجر بنفسه، ولا يحتاج إلى فك ولا إزالة، متى بلغ الصبي رشيدًا، سواء أكانت الولاية للأب أَمْ للوصي أَمْ للمقدَّم من قبل القاضي.

وقال المالكية: إن كان ولي الصغير هو الأب ارتفع الحجر عنه بالبلوغ وإيناس الرشد بدون حاجة إلى فك منه، وإن كان غير الأب من وصي أو مقدم قاض فلا يرتفع عنه إلا بفك الوصي والمقدم.

---

(١) ينظر: تفسير غريب القرآن (١٢٠)، ومعاني الزجاج (٢/ ١١)، ومعاني الفراء (١/ ٢٥٧)، والنظم (١/ ٢٧٠).

(٢) ينظر: إصلاح المنطق (٢١٣)، والعين (٦/ ٢٤٢)، وتهذيب اللغة (١١/ ٣٢١)، والصحاح والمصباح والقاموس (رشد).

الأدلة:

استدل الأولون:

١ - بقوله - تعالى -: ﴿وَٱبۡتَلُواْ ٱلۡيَتَٰمَىٰ حَتَّىٰٓ إِذَا بَلَغُواْ ٱلنِّكَاحَ فَإِنۡ ءَانَسۡتُم مِّنۡهُمۡ رُشۡدٗا فَٱدۡفَعُوٓاْ إِلَيۡهِمۡ أَمۡوَٰلَهُمۡۖ﴾ [النساء: ٦] ووجه الدلالة: أن الآية أفادت أن دفع المال إليه مشروط بشرطين: البلوغ وإيناس الرشد، فإذا قلنا: إنه لا بد من فك وإزالة؛ كان ذلك شرطا زائدًا عن النص، ومعناه حينئذ أن البالغ الرشيد يظل محجورًا عليه ما دام الحاجر عليه لم يفك الحجر، ولم يأذن له فى التصرف، وهذا غاية الفساد.

٢ - إن سبب الحجر هو عدم العقل أو نقصانه، وحيث إنه قد بلغ ورشد فقد زال عنه الحجر؛ فإن الحكم يدور مع علته وجودا وعدما.

٣ - إن الصغير منحجر لا محجور، ومعناه: أن الحجر لم يكن بحكم قاض، وشيء ثبت بدون مثبت، وجب أن يزول بدون مزيل.

ولعل وجهة نظر المالكية فى التفريق بين الأب وغيره - أن حجر الأب على الصغير حجر أصالة، وهو بذلك لا يحتاج إلى فك، وأما حجر الوصى والمقدَّم من جهة القاضى، فإنما كان بإدخال وجعل؛ فاحتاج إلى فك منهما[1].

فرع: وقال الشافعى وأبو حنيفة والثورى وابن المنذر وأحمد فى إحدى الروايتين عنه: متى بلغت الجارية راشدة، وجب رفع الحجر عنها وتسليم مالها إليها؛ كالذكر، تزوجت أم لم تتزوج.

وقال مالك: يستمر الحجر عليها إلى أن يدخل بها الزوج، ويشهد العدول بصلاح حالها إن كانت من ذوات الأب، وإلى فك الوصى والمقدَّم من جهة القاضى، إن كان الذى يلى أمرها هو الوصى أو المقدم.

وقال أحمد فى الرواية الأخرى: يستمر الحجر عليها حتى تتزوج وتلد، أو تمكث سنة فى بيت زوجها.

الأدلة:

استدل الأولون:

١ - بقول الله - تعالى -: ﴿وَٱبۡتَلُواْ ٱلۡيَتَٰمَىٰ حَتَّىٰٓ إِذَا بَلَغُواْ ٱلنِّكَاحَ﴾ [النساء: ٦] الآية،

---

(١) ينظر نظام الحجر فى الشريعة لسليمان عثمان.

وجه الدلالة: أن الآية علقت دفع المال إليهم على شرطين: بلوغ وإيناس رشد، ولم تشترط - ثالثا - الذكورة أو دخول الزوج أو مضى سنة أو فك وصى.

٢ - أنها صغير بلغ وأونس رشده؛ فوجب أن يزول عنها الحجر، ويدفع إليها المال؛ كالذكر.

٣ - أنها بالغة رشيدة؛ فيجوز لها التصرف فى كل مالها كالتى دخل بها الزوج.

واستدل مالك بالقياس، وحاصله: أن الأب له إجبارها على النكاح بدون إذنها؛ فله الحجر عليها فى مالها من باب أولى؛ لأن النكاح يرجع إلى النفس، وذلك يرجع إلى المال.

وقد يرد بقيام الفارق: فإن المعنى الذى من أجله كان لأبيها حق الإجبار هو أنها لا تدرى مصلحة الزوج، ولا تعلم أى زوج هو أفضل، فربما نزت نزوة فى شاب غرر بها وخدعها؛ فكانت نكبة: إن هى تخلصت منه فذلك شر ونحس، وإن هى لم تستطع الخلاص منه فإما إلى حياة شقية تعسة، وإما إلى حياة شريرة فاجرة، والوقائع فى عصرنا شاهدة بذلك، وهذا المعنى غير متحقق فى المال؛ لأنها يمكنها أن تدبر فيه وجه المصلحة، وإنا لا نعقد علاقة بين المال والنكاح.

واستدل أحمد بما روى عن شريح أنه قال: عهد إلى عمر بن الخطاب ألا أجيز لجارية عطية، حتى تحول فى بيت زوجها حولا، أو تلد ولدا، والوجه: أن عدم الإجازة ليس إلا لكونها محجورا عليها.

وقد يقال:

١ - لا نسلم صحة الحديث، وإن سلمنا فهو لم يشتهر، وأيًّا ما كان فمثله لا يترك به الكتاب، والكتاب لم يشترط لدفع المال إلا شرطين: البلوغ وإيناس الرشد.

٢ - إنه يفيد منع العطية، والعطية تصرف بدون عوض؛ فلا يستلزم منعها من جميع تصرفاتها.

وعلى ضوء هذه الأدلة نرى أن القول الأول أَوْلى وأوضح[1].

فصل: إذا ثبت ما ذكرناه: فإنه لا يفك الحجر عن الصبى حتى يبلغ ويؤنس منه الرشد؛ لقوله - تعالى -: ﴿وَٱبْتَلُواْ ٱلْيَتَٰمَىٰ حَتَّىٰٓ إِذَا بَلَغُواْ ٱلنِّكَاحَ فَإِنْ ءَانَسْتُم مِّنْهُمْ رُشْدًا فَٱدْفَعُوٓاْ

---

(١) ينظر نظام الحجر فى الشريعة لسليمان عثمان.

﴿ٱلۡيَتَٰمَىٰٓ أَمۡوَٰلَهُمۡ﴾ [النساء: ٦] فأمر بدفع أموالهم إليهم بشرطين:

أحدهما: البلوغ، وعبر عنه ببلوغهم النكاح؛ لأنه يشتهى بالبلوغ.

والثانى: إيناس الرشد، والمراد بالإيناس: العلم، كما قال ﴿ءَانَسَ مِن جَانِبِ ٱلطُّورِ نَارًا﴾ [القصص: ٢٩]، وأراد به الرؤية.

إذا ثبت هذا: فإن البلوغ يحصل بأحد خمسة أشياء: ثلاثة يشترك فيها الرجال والنساء، وهى: الإنزال والسن والإنبات، واثنان تختص بهما النساء دون الرجال وهما: الحيض والحمل.

قال المصنف - رحمه الله تعالى -:

فأما الإنزال: فهو إنزال المنى، فمتى أنزل صار بالغًا، والدليل عليه قوله تعالى: ﴿وَإِذَا بَلَغَ ٱلۡأَطۡفَٰلُ مِنكُمُ ٱلۡحُلُمَ فَلۡيَسۡتَـٔۡذِنُواْ﴾ [النور: ٥٩] فأمرهم بالاستئذان بعد الاحتلام؛ فدل على أنه بلوغ، وروى عطية القرظى، قال: عرضنا على رسول الله ﷺ زمن قريظة: فمن كان محتلمًا أو نبتت عانته؛ قتل، فلو لم يكن بالغًا لما قتل.

وأما السن: فهو أن يستكمل خمس عشرة سنةً، والدليل عليه ما روى ابن عمر - رضى الله عنه - قال: عرضت على رسول الله ﷺ يوم أحد، وأنا ابن أربع عشرة سنةً، فلم يجزنى، ولم يرنى بلغت، وعرضت عليه (يوم الخندق) وأنا ابن خمس عشرة سنةً فرآنى بلغت؛ فأجازنى.

(الشرح) **قوله**: وروى عطية القرظى. . .

أخرجه أبو داود[١]، والترمذى[٢]، والنسائى[٣]، وابن ماجه[٤]، وأحمد[٥]، والحميدى[٦]، والدارمى[٧]، والحاكم[٨]، والبيهقى[٩]، كلهم من طرق عن

---

(١) (٢/٥٤٦)، كتاب الحدود: باب فى الغلام يصيب الحد حديث (٤٤٠٤، ٤٤٠٥).

(٢) (٤/١٢٣)، كتاب السير: باب ما جاء فى النزول على الحكم حديث (١٥٨٤).

(٣) (٦/ ١٥٥)، كتاب الطلاق: باب متى يقع طلاق الصبى (٨/ ٩٢)، كتاب قطع السارق: باب حد البلوغ وذكر السن التى إذا بلغها الرجل أقيم عليهما الحد.

(٤) (٢/٨٤٩)، كتاب الحدود: باب من لا يجب عليه الحد حديث (٢٥٤١، ٢٥٤٢).

(٥) (٤/٣١٠، ٣٨٣)، (٥/٣١١).

(٦) (٢/ ٣٩٤)، رقم (٨٨٨).

(٧) (٢/٢٢٣)، كتاب السير: باب حد الصبى متى يقتل.

(٨) (٢/١٢٣٣)، كتاب الجهاد.

(٩) (٦/٥٨)، كتاب الحجر: باب البلوغ بالإنبات.

عبد الملك بن عمير عن عطية القرظى به.

وقال الترمذى: حديث حسن صحيح.

وقال الحاكم: حديث رواه جماعة من أئمة المسلمين عن عبد الملك بن عمير ولم يخرجاه وكأنهما لم يتأملا متابعة مجاهد بن جبر عبد الملك على روايته عن عطية القرظى. ثم أخرجه[١]، من هذا الطريق وقال: فصار الحديث بمتابعة مجاهد صحيحا على شرط الشيخين ولم يخرجاه ووافقه الذهبى.

قوله: «عرضت على رسول الله ﷺ يوم أحد...» أخرجه البخارى[٢]، ومسلم[٣]، وأبو داود[٤]، والترمذى[٥]، وابن ماجه[٦]، وأحمد[٧].

قوله: «عطية القرظى[٨]»: فهو عطية القرظى، من سبى بنى قريظة، هكذا يجىء، قال ابن عبد البر: لا أقف على اسم أبيه، أتى النبى ﷺ وسمع منه. روى عنه مجاهد ابن جبر، وعبد الملك بن عمير. ذكر عبد الملك بن عمير عن عطية القرظى قال: كنت فيمن حكم فيه سعد بن معاذ يوم قريظة، فشكوا فىَّ أمن الذرية أنا أم من المقاتلة؟ فنظروا إلى عانتى، فلم يجدوها نبتت فألقيت فى الذرية، ولم أقتل.

قوله: «المنى»، المَنِىُّ: الماء الدافق، سمى منيًّا؛ لأنه يقدر منه الحيوان. وأصل المنى: القدر؛ يقال: مَنى لك المانى، أى: قدر لك المقدر، وأنشد قول الشاعر[٩]:

لا تأمنن وإن أمسيت فى حرم حتى تلاقى ما يَمْنى لك المانى[١٠]

---

(١) (٢/١٢٣).
(٢) (٧/٣٩٢) كتاب: المغازى، باب: غزوة الخندق، حديث (٤٠٩٧).
(٣) (٣/١٤٩٠) كتاب: الإمارة، باب: بيان سن البلوغ، حديث (٩١/١٨٦٨).
(٤) (٤/٥٦١) كتاب: الحدود، باب: الغلام يصيب الحد، حديث (٤٤٠٦).
(٥) (٤/٢١١) كتاب: الجهاد، باب: حد بلوغ الرجل، حديث (١٧١١).
(٦) (٢/٨٥٠) كتاب: الحدود، باب: من لا يجب عليه الحد، حديث (٢٥٤٣).
(٧) (٢/١٧).
(٨) تنظر ترجمته فى طبقات الشيرازى ١١٣، والعبادى ٤٢، والإسنوى ٢/٢٦٩، وابن قاضى شهبة ١/٧٨، وتاريخ بغداد ١٠/١٢٠، والبداية والنهاية ١١/١٨٦، وشذرات الذهب ٢/ ٣٠٢، وتذكرة الحفاظ ٣/٨١٩ .
(٩) أنشده رجل فى حضرة النبى ﷺ، فقال النبى ﷺ: «لو أدرك هذا الإسلام» (والشاهد فى النهاية: ٤/٣٦٨، واللسان - مادة منى).
(١٠) ينظر عمدة الحفاظ (٤/١٣٤).

قوله: ﴿وَإِذَا بَلَغَ ٱلْأَطْفَٰلُ مِنكُمُ ٱلْحُلُمَ﴾ [النور: ٥٩] أى زمن البلوغ. وسمى الحلم؛ لكون صاحبه جديرًا بالحلم[١].

قوله: «فأمرهم بالاستئذان»: الاستئذان فى اللغة: طلب الإذن، والإذن: مِنْ أَذِنَ بالشيء إذنًا، بمعنى: أباحه، وعلى هذا فإن الاستئذان هو طلب الإباحة[٢].

والفقهاء يستعملون الاستئذان بهذا المعنى، فيقولون: «الاستئذان لدخول البيوت» ويعنون به: طلب إباحة دخولها للمستأذن[٣].

قوله: «فلم يُجِزْنِى»[٤] بياء مضمومة وجيم مكسورة وزاى أى: لم يأذن لى فى الجهاد، من العبد المجاز، وهو: المأذون له. ويقال أيضًا: جوز له ما صنع وأجاز له، أى: سوغ له ذلك. ومعناه: لم يعده فى المقاتلة، فيأخذ سهمًا من الغنيمة.

الأحكام: متى خرج من الذكر المنى، وهو الماء الأبيض الدافق الذى يُخْلَقُ منه الولد فى الجماع أو فى النوم أو اليقظة، فهو بلوغ؛ لقوله - تعالى -: ﴿وَإِذَا بَلَغَ ٱلْأَطْفَٰلُ مِنكُمُ ٱلْحُلُمَ فَلْيَسْتَـْٔذِنُوا۟﴾ [النور: ٥٩] فلما أمر الأطفال بالاستئذان إذا احتلموا، دل على أنهم قد بلغوا؛ لأنهم قبل ذلك لم يكونوا يستأذنون، وروى أن النبى ﷺ قال: «رُفِعَ الْقَلَمُ عَنْ ثَلاثٍ: عَنِ الصَّبِى حَتَّى يَبْلُغَ، وَعَنِ الْمَخْبُولِ حَتَّى يُفِيقَ، وَعَنِ النَّائِمِ حَتَّى يَسْتَيْقِظَ»[٥].

وروى عن عطية القرظى أنه قال: أوردنا على رسول الله ﷺ فمن كان محتلما أو نبتت عانته قتل ولو لم يكن بالغا لما قتل.

قال المسعودى: وهل يكون الاحتلام بلوغًا من الصبية؟ فيه وجهان:

أحدهما: لا يكون بلوغا؛ لقوله ﷺ: «وَعَنِ الصَّبِى حَتَّى يَحْتَلِمَ»[٦] فخص الصبى بالاحتلام.

والثانى - وهو طريقة أصحابنا البغداديين - أنه بلوغ؛ لما روت أم سليم - رضى

---

(١) ينظر عمدة الحفاظ (١/ ٥١٧).
(٢) المصباح المنير، والقاموس المحيط مادة: (إذن).
(٣) بدائع الصنائع (٥/ ١٢٤) طبع مصر، مطبعة الجمالية.
(٤) ينظر: النظم (١/ ٢٧١)، المغنى (١/ ٣٥٤).
(٥) تقدم.
(٦) تقدم.

الله عنها - قالت: سألت النبى ﷺ عن المرأة ترى فى منامها ما يرى الرجل، فقالت عائشة - رضى الله عنها -: فضحت النساء، أو يكون ذلك؟ فقال ﷺ: «فمِمَّ الشبه؟ إذا رأت ذلك فلتغتسل»[1] فأمرها بالاغتسال؛ فثبت أنها مكلفة.

أما السن: فقد اختلف فى تحديده: فقيل: يقدر بخمسة عشر عاما فى الذكر والأنثى، وهذا هو قول الشافعى، وأحمد، وأبى يوسف ومحمد بن الحسن من الحنفية، وابن وهب وابن الماجشون من المالكية.

وقال أبو حنيفة: تقدر بسبعة عشر عاما فى الجارية، وبثمانية عشر فى الغلام؛ لأن النماء فى الإناث أقوى من النماء فى الذكور.

وقال مالك: المعتبر سن لا يبلغها شخص إلا وقد احتلم.

وخلاصة القول: أن المسألة اجتهادية يرجع فيها إلى حكم العادة، وإن كان القول بأن السن المعتبرة هى خمسة عشر عاما فى الذكر والأنثى له ما يرجحه.

فقد ورد عن ابن عمر - رضى الله عنهما - أنه قال: عُرِضتُ على رسول الله ﷺ يوم أحد - وأنا ابن أربع عشرة سنة، فردنى ولم يرنى بلغت، وعرضت عليه يوم الخندق، وأنا ابن خمسة عشر سنة فأجازنى.

ولما أخبر بذلك عمر بن عبد العزيز كتب إلى عماله: «ألا تفرضوا إلا لمن بلغ خمس عشرة سنة» رواه الشافعى.

قال المصنف - رحمه الله تعالى -:

وأما الإنبات: فهو الشعر الخشن الذى ينبت على العانة، وهو بلوغ فى حق الكافر؛ والدليل عليه ما روى عطية القرظى، قال: كنت فيمن حكم فيهم سعد ابن معاذ - رضى الله عنه - فشكُّوا فىَّ: أمن الذرية أنا، أم من المقاتلة؛ فقال رسول الله ﷺ: «انظروا، فإن كان قد أنبت، وإلا فلا تقتلوه» فنظروا، فإذا عانتى لم تنبت، فجعلونى فى الذرية، ولم أقتل.

وهل هو بلوغ فى نفسه، أو دلالة على البلوغ؟ فيه قولان:

أحدهما: أنه بلوغ.

فعلى هذا هو بلوغ فى حق المسلم؛ لأن ما كان بلوغًا فى حق الكافر، كان بلوغًا

---

(١) تقدم.

في حق المسلم، كالاحتلام، والسن.

والثاني: أنه دلالة على البلوغ.

فعلى هذا هل يكون دلالةً في حق المسلم؟ فيه وجهان:

أحدهما: أنه دلالة، لما روى محمد بن يحيى بن حبان: أن غلامًا من الأنصار شبب بامرأة في شعره، فرفع إلى عمر - رضي الله عنه - فلم يجده أنبت، فقال: لو أنبت الشعر لحددتك.

والثاني: أنه ليس بدلالة في حق المسلم، وهو ظاهر النص؛ لأن المسلمين يمكن الرجوع إلى أخبارهم؛ فلم يجعل ذلك دلالةً في حقهم، والكفار لا يمكن الرجوع إلى أخبارهم، فجعل ذلك دلالة في حقهم، ولأن الكافر لا يستفيد بالبلوغ إلا وجوب الحرية، ووجوب القتل، فلا يتهم في مداواة العانة بما ينبت الشعر، والمسلم يستفيد بالبلوغ التصرف، والكمال بالأحكام، فلا يؤمن أن يداوي العانة بما ينبت الشعر؛ فلم يجعل ذلك دلالةً في حقه.

(الشرح) **قوله:** ما روى عطيه القرظي .... تقدم.

قوله: «لما روى محمد بن يحيى بن حبان أن غلاما من الأنصار...».

فأخرجه عبد الرزاق في المصنف[1]، من طريق الثوري عن أيوب ابن موسى عن محمد بن يحيى بن حبان قال: ابتهر ابن أبي الصعبة بامرأة في شعره...

قال الحافظ في التلخيص[2]: وذكر الدارقطني في التصحيف أن الثوري صحف فيه.

وأخرجه أبو عبيد في غريب الحديث[3]، من طريق ابن علية عن إسماعيل بن أمية عن محمد بن يحيى بن حبان.

قال أبو عبيد: الابتهار أن يقذفها بنفسه فيقول: فعلت بها كاذبًا وذكره الزمخشري في الفائق[4]والأزهري في تهذيب اللغة[5]، وابن الأثير في النهاية[6].

---

(١) ٧/٣٣٨ رقم (١٣٣٩٧)، ١٠/١٧٧ رقم (١٨٧٣٤).
(٢) ٣/١٠٩ .
(٣) ٤/١٨٥ - ١٨٦ .
(٤) ١/١٣٩ .
(٥) ٦/٢٨٦ .
(٦) ١/١٦٥ .

قوله: «شبب بامرأة فى شعره»[١] التشبيب: النسيب، وهو ضرب من الشعر، يقال: هو يُشَبِّبُ بها، أى: يذكرها فى شعره. واشتقاق التشبيب من وجهين، أحدهما: من الشبيبة، وأصلها: الارتفاع عن حال الطفولية. والآخر: أن يكون من الجلاء، يقال: شب وجه الجارية: إذا جلاه وأبدى ما يخفى من محاسنه[٢].

قوله: «المرأة إذا بلغت المحيض» هو هاهنا: الوقت والزمان الذى تحيض فيه.

التكليف: إيجاب الفرائض.

قوله: «مداواة العانة»: فى المحكم: داويت السقم: عانيته، والدواء: ما داويته به.

وقال الجوهرى[٣]: ويقال فى الدواء إنما هو مصدر: داويته مداواة ودواء، ودُووِى الشىءُ: أى عولج، ولا يدغم فرقًا بين فُوعِلَ وفُعِّلَ.

قال العجاج:

بفاحِمٍ دُووِىَ حتى اعْلَنْكَسَا[٤]

الأحكام: الإنبات هو إنبات الشعر القوى الذى يحتاج إلى الموسى، لا الزغب الأصفر حول الذكر وحول الفرج.

ولا يختلف المذهب: أنه إذا ثبت ذلك للكافر حكم ببلوغه، وهل هو بلوغ بنفسه أو دلالة على البلوغ؟ فيه قولان:

أحدهما: أنه بلوغ فى نفسه؛ لأن ما حكم به بالبلوغ كان بلوغًا بنفسه، كالاحتلام.

والثانى: أنه ليس ببلوغ فى نفسه، وإنما هو دلالة على البلوغ؛ لأن العادة جرت أنه لا يظهر إلا فى وقت البلوغ.

فإذا قلنا: إنه بلوغ فى حق الكافر؛ كان بلوغا فى حق المسلم؛ لأن ما كان بلوغا فى حق الكافر كان بلوغا فى حق المسلم، كالاحتلام.

وإذا قلنا: إنه ليس ببلوغ فى حق الكافر، وإنما هو دلالة على البلوغ، فهل يجعل

---

(١) ينظر السابق.
(٢) ينظر: اللسان (شبب).
(٣) ينظر الصحاح (٢/٤٧٦).
(٤) ينظر تخريج الدلالات السمعية ص (٦٧٤، ٦٧٥)، اللسان (دوا).

ذلك دلالة فى حق المسلم؟ منهم من قال: فيه وجهان، ومنهم من قال: فيه قولان:

أحدهما: أنه دلالة على بلوغه؛ لأن ما كان دلالة على البلوغ فى حق الكافر، كان دلالة وعلما على بلوغ المسلم كالحمل.

والثانى: لا يكون دلالة على بلوغ المسلم؛ لأنه يمكن الرجوع إلى معرفة سن المسلم؛ لأنه مولود بين المسلمين، ولا يمكن ذلك فى سن الكافر؛ فلذلك جعل الإنبات علما فى بلوغهم، والإنبات يستدعى بالدواء قبل أوانه، فالمسلم يتهم بأنه قد عالج نفسه بالإنبات؛ لأنه يستفيد بذلك زوال الحجر عنه، وكمال تصرفه، وقبول شهادته، والكافر لا يتهم بذلك؛ لأنه لا يستفيد بذلك إلا وجوب العقل أو ضرب الجزية.

وقال أبو حنيفة: لا يكون بلوغا، ولا دلالة على البلوغ فى حق المسلم والكافر.

ودليلنا: ما روى عطية العوفى أن رسول الله ﷺ حكَّم سعد بن معاذ فى بنى قريظة؛ فحكم بسبى ذراريهم ونسائهم، وقسم أموالهم، وقتل من جرت عليه الموسى، فأمر أن يكشف عن مؤتزريهم؛ فمن أنبت منهم فهو من المقاتلة، ومن لم تنبت فهو من الذرارى؛ فبلغ ذلك النبى ﷺ فقال: «لَقَدْ حَكَمْتَ فِيهِم بِحُكْمِ الله مِنْ فَوْقِ سَبْعَةِ أَرْقِعَةٍ»[1] هى: سبع سموات، الواحدة منها: رقيع.

وروى عن عطية القرظى قال عرضت على رسول الله ﷺ يوم قريظة فَشَكُّوا فِيَّ، فأمر النبى - عليه السلام - أن ينظر هل أنبت بعد؟ فنظروا إلىّ؛ فلم يجدونى أنبت بعد؛ فألحقونى بالذرية.

فأنت ترى أن الرسول - عليه الصلاة والسلام - جعل الإنبات فارقا بين المقاتلة والذرية؛ فكان علامة على البلوغ؛ إذ لا يقتل إلا من بلغ، وكذلك ثبت أن عمر - رضى الله عنه - كتب إلى بعض عماله ألا تأخذ الجزية إلا ممن جرت عليه الموسي[2]، ويعنى بذلك من نبتت عانته؛ فدل ذلك على أن نبات شعر العانة علامة على البلوغ؛ لأن الجزية لا تؤخذ إلا ممن بلغ.

وأيضًا: فقد ورد أن غلاما من الأنصار شبب بامرأة فى شِعْرِه، فَرُفِعَ أمره إلى عمر

---

(١) ينظر البداية والنهاية لابن كثير ١٠٨/٤ .

(٢) أخرجه البيهقى فى السنن الكبرى ١٩٨/٩ كتاب الجزية باب من يرفع عنه الجزية .

ابن الخطاب، فلما كشف عن مؤتزره لم يجده أنبت، فقال: «لو أنبتَّ الشعر لحددتك».

فكل ذلك يفيد أن نبات شعر العانة علامة من علامات البلوغ[1].

قال الصيمرى: وكيف يعرف الإنبات؟ قيل: يدفع إليهم شمع أو طين رطب يلزقونه بالموضع.

وقيل: يلمس ذلك من فوق ثوب ناعم.

وقيل: يكشف حالا بعد حال وهو الصحيح؛ لأن سعدا كشف بنى قريظة.

فأما خضرة الشارب، ونزول العارضين ونبات اللحية، وخشونة الحلق، وقوة الكلام، وانفراج مقدم الأنف، ونهود الثدى - فليس شىء من ذلك بلوغًا؛ لأنه قد يتقدم على البلوغ وقد يتأخر عنه.

قال المصنف - رحمه الله تعالى -:

فأما الحيض: فهو بلوغ؛ لما روى أن النبى ﷺ قال لأسماء بنت أبى بكر الصديق - رضى الله عنهما -: «إن المرأة إذا بلغت المحيض، لا يصلح أن يرى منها إلا هذا وهذا، وأشار إلى الوجه، والكف» فعلق وجوب الستر بالمحيض، وذلك تكليف؛ فدل على أنه بلوغ يتعلق به التكليف.

وأما الحبل: فهو دليل على البلوغ، فإذا حبلت المرأة حكمنا بأنها بالغ؛ لأن الحبل لا يكون إلا بإنزال الماء، فدل على البلوغ.

فإذا كانت المرأة لها زوج، فولدت؛ حكمنا بأنها بالغ من قبل الوضع بستة أشهر؛ لأن ذلك أقل مدة الوضع، وإن كانت مطلقةً، وأتت بولد، يلحق الزوج، حكمنا بأنها بالغ من قبل الطلاق.

وإن كان خنثى: فخرج المنى من ذكره، أو الدم من فرجه، لم يحكم بالبلوغ؛ لجواز أن يكون ذلك من العضو الزائد.

فإن خرج المنى من الذكر، والدم من الفرج؛ فقد بلغ؛ لأنه إن كان رجلًا، فقد أمنى، وإن كان امرأةً، فقد حاضت.

(الشرح) قوله: «إن المرأة إذا بلغت المحيض. . .»

---

(١) ينظر نظام الحجر فى الشريعة لسليمان عثمان .

أخرجه أبو داود[١]، من طريق الوليد بن مسلم عن سعيد بن بشير عن قتادة عن خالد بن دريك عن عائشة أن أسماء بنت أبى بكر دخلت على رسول الله ﷺ وعليها ثياب رقاق فأعرض عنها رسول الله ﷺ وقال: يا أسماء إذا بلغت المرأة المحيض لم تصلح أن يرى منها إلا هذا وهذا وأشار إلى وجهه وكفيه.

وقال أبو داود: خالد بن دريك لم يدرك عائشة رضى الله عنها قال العلائى فى جامع التحصيل[٢]: خالد بن دريك البنانى روى عن ابن عمر وعائشة رضى الله عنهما ولم يدركهما قاله شيخنا المزى وحكى عن أبى داود أنه قال: لم يدرك عائشة اهـ.

وقال الزيلعى فى نصب الراية[٣]، قال ابن القطان: ومع هذا فخالد مجهول الحال، قال المنذرى: وفيه أيضا سعيد بن بشير أبو عبد الرحمن البصرى نزيل دمشق مولى بنى نضر تكلم فيه غير واحد، وقال ابن عدى فى الكامل: هذا حديث لا أعلم رواه عن قتادة غير سعيد بن بشير وقال فيه مرة: عن خالد بن دريك عن أم سلمة بدل عائشة.

الأحكام: الحيض: بلوغ؛ لقوله ﷺ: «لَا يَقْبَلُ الله صَلَاةَ امْرَأَةٍ تَحِيضُ إِلَّا بِخِمَارٍ»[٤] فجعلها مكلفة بوجود الحيض؛ فدل على أنه بلوغ.

---

(١) ٢/ ٤٦٠ كتاب اللباس: باب فيما تبدى المرأة من زينتها حديث (٤١٠٤).

(٢) ص١٧٠.

(٣) (١/ ٢٩٩).

(٤) أخرجه أبو داود الطيالسى (١/ ٢٩٦)، وأحمد (٦/ ١٥٠)، وأبو داود (١/ ٤٢١) كتاب: الصلاة، باب: المرأة تصلى بغير خمار، الحديث (٦٤١)، والترمذى (٢/ ٢١٥) كتاب: الصلاة، باب: ما جاء لا تقبل صلاة المرأة إلا بخمار، الحديث (٣٧٧)، وابن ماجه (١/ ٢١٥) كتاب: الطهارة، باب: إذا حاضت الجارية لم تصل إلا بخمار (١٣٢)، الحديث (٦٥٥)، وابن الجارود (ص: ٦٨) باب ما جاء فى الثياب للصلاة، الحديث (١٧٣) والحاكم (١/ ٢٥١) كتاب: الصلاة، والبيهقى (٢/ ٢٣٣) كتاب: الصلاة، باب: ما تصلى فيه المرأة من الثياب، كلهم من حديث حماد، عن قتادة، عن محمد بن سيرين، عن صفية بنت الحارث، عن عائشة، عن النبى ﷺ أنه قال: «لا تقبل صلاة الحائض إلا بخمار».

وقال الترمذى: (حسن)؛ وقال الحاكم: (صحيح على شرط مسلم، ولم يخرجاه، وأظن أنه لخلاف فيه على قتادة). ووافقه الذهبى.

وصححه ابن خزيمة (١/ ٣٨٠)، رقم (٧٧٥)، وابن حبان كما فى نصب الراية (١/ ٢٩٥).

=

وأما الحمل: فإنه ليس ببلوغ فى نفسه، وإنما هو دلالة على البلوغ، فإذا حملت المرأة علمنا أنه قد خرج منها المنى؛ لقوله تعالى: ﴿خُلِقَ مِن مَّآءٍ دَافِقٍ يَخْرُجُ مِنۢ بَيْنِ ٱلصُّلْبِ وَٱلتَّرَآئِبِ﴾ [الطارق: ٦، ٧] قيل فى التفسير: ماء الرجل من صلبه، وماء المرأة من صدرها، ولقوله - تعالى -: ﴿إِنَّا خَلَقْنَا ٱلْإِنسَٰنَ مِن نُّطْفَةٍ أَمْشَاجٍ﴾ [الإنسان: ٢] يعنى: أخلاط.

فإذا وضعت المرأة الحمل، حكمنا بأنها بلغت قبل الوضع بستة أشهر، إن كانت ذات زوج أو سيد؛ لأن ذلك أقل مدة الحمل، وإن كانت مطلقة فأتت بولد يلحق الزوج حكمنا أنها كانت بالغة قبل الطلاق.

مسألة: وأما الخنثى المشكل، فإذا استكمل خمس عشرة سنة، أو نبت له الشعر الخشن على عانته حكم ببلوغه؛ لأنه يستوى فى ذلك الرجل والمرأة، وإن حمل زال إشكاله، وبان أنه امرأة، وحكم بأنه بالغ قبل الوضع، وإن خرج المنى منه من أحد الفرجين لم يحكم ببلوغه؛ لجواز أن يكون خرج منه من الفرج الزائد، وإن خرج منه الدم من فرج النساء لم يحكم ببلوغه؛ لجواز أن يكون رجلا، وهذا عضو زائد، وإن خرج منه المنى من الفرجين حكم ببلوغه؛ لأن خروج المنى من فروج الرجال والنساء بلوغ.

قال الشافعى: وإن حاض وأمنى لم يبلغ.

واختلف أصحابنا فيه: فقال الصيمرى: إذا حاض من فرج النساء، وأمنى من

= وللحديث شاهد، من حديث أبى قتادة:

أخرجه الطبرانى فى المعجم الصغير (٢/ ٥٤) من طريق إسحاق بن إسماعيل ابن عبد الأعلى الأبلى، حدثنا عمرو بن هاشم البيروتى، حدثنا الأوزاعى، عن يحيى بن أبى كثير، عن عبد الله بن أبى قتادة، عن أبيه، قال: قال رسول الله ﷺ «لا يقبل الله من امرأة صلاة حتى توارى زينتها، ولا من جارية بلغت الحيض حتى تختمر».

وقال الطبرانى: لم يروه عن الأوزاعى إلا عمرو بن هاشم، تفرد به إسماعيل بن إسحاق.

وذكره الهيثمى فى المجمع (٢/ ٥٥)، وقال: (إسحاق بن إسماعيل لم أجد من ترجمه، وبقية رجاله موثقون).

وكلام الهيثمى فيه نظر.

فإسحاق بن إسماعيل من رجال التهذيب روى له النسائى وابن ماجه.

وقال فى التقريب (١/ ٥٥): صدوق.

فرج الرجال، لم يحكم ببلوغه.

وقال الشيخ أبو حامد وعامة أصحابنا: يحكم ببلوغه؛ لأنه إن كان رجلا فقد احتلم، وإن كانت امرأة فقد حاضت، وما ذكره الشافعي فله تأويلان:

أحدهما: أنه أراد أمنى وحاض من فرج واحد.

والثاني: أراد حاض أو أمنى.

فإن قيل: هلا جعلتم خروج المنى منه من أحد الفرجين دليلا على بلوغه؟ كما جعلتم خروج البول دليلا على ذكوريته وأنوثيته - فالجواب: أن البول لا يخرج إلا من الفرج المعتاد، والمنى قد يخرج من المعتاد وغيره.

قال المصنف - رحمه الله تعالى -:

(فصل) فأما إيناس الرشد: فهو إصلاح الدين والمال.

فإصلاح الدين أن لا يرتكب من المعاصى ما يسقط به العدالة.

وإصلاح المال: أن يكون حافظًا لماله غير مبذر، ويختبره الولى اختبار مثله من تجارة، إن كان تاجرًا، أو تناء إن كان تانئًا، أو إصلاح أمر البيت، إن كانت امرأةً.

واختلف أصحابنا فى وقت الاختبار:

فمنهم من قال: لا يختبر فى التجارة إلا بعد البلوغ؛ لأن قبل البلوغ لا يصح تصرفه، فلا يصح اختباره.

ومنهم من قال: يختبر قبل البلوغ؛ لقوله - تعالى -: ﴿وَٱبْتَلُواْ ٱلْيَتَٰمَىٰ حَتَّىٰٓ إِذَا بَلَغُواْ ٱلنِّكَاحَ﴾ [النساء: ٦] فأمر باختبار اليتامى وهم الصغار؛ فعلى هذا كيف يختبر؟ فيه وجهان:

أحدهما: إنه يسلم إليه المال، فإذا ساوم وقرر الثمن؛ عقد الولى؛ لأن عقد الصبى لا يصح.

والثاني: أنه يتركه حتى يعقد؛ لأن هذا موضع ضرورة.

(فصل) وإن بلغ مبذر، استديم الحجر عليه؛ لأن الحجر عليه إنما يثبت للحاجة إليه؛ لحفظ المال، والحاجة قائمة مع التبذير؛ فوجب أن يكون الحجر باقيًا.

وإن بلغ مصلحًا للمال، فاسقًا فى الدين؛ استديم الحجر عليه؛ لقوله - تعالى -: ﴿فَإِنْ ءَانَسْتُم مِّنْهُمْ رُشْدًا فَٱدْفَعُوٓاْ إِلَيْهِمْ أَمْوَٰلَهُمْ﴾ [النساء: ٦] والفاسق لم يؤنس منه الرشد، ولأن حفظه للمال لا يوثق به مع الفسق؛ لأنه لا يؤمن أن يدعوه الفسق إلى التبذير،

فلم يفك الحجر عنه، ولهذا لم تقبل شهادته، وإن كان معروفًا بالصدق؛ لأنا لا نأمن أن يدعوه الفسق إلى الكذب، وينظر فى ماله من كان ينظر فى حال الصغر: وهو الأب، والجد، والوصى، والحاكم؛ لأنه حجر ثبت من غير قضاء، فكان النظر (فيه) إلى من ذكرنا؛ كالحجر على الصبى، والمجنون.

(فصل) وإن بلغ مصلحًا للدين والمال؛ فُكَّ عنه الحجر؛ لقوله - تعالى -: ﴿فَإِنْ ءَانَسْتُم مِّنْهُمْ رُشْدًا فَٱدْفَعُوٓا۟ إِلَيْهِمْ أَمْوَٰلَهُمْ﴾ [النساء: ٦] وهل يفتقر فك الحجر إلى الحاكم؟ فيه وجهان:

أحدهما: لا يفتقر إلى الحاكم؛ لأنه حجر ثبت من غير حكم، فزال من غير حكم؛ كالحجر على المجنون.

والثانى: أنه يفتقر إلى الحاكم؛ لأنه يحتاج إلى نظر واختبار، فافتقر إلى الحاكم؛ كفك الحجر عن السفيه.

(الشرح) قوله: «الرشد»: الرشد ضد الغى؛ فالرشد: الهداية، والغى: الضلال؛ قال الشاعر: [من الطويل]

وهل أنا إلا من غَزِيَّةَ، إن غوتْ غَويتُ وإن ترشد غزية أرشُدِ[(١)]

يقال: رشَدَ، يرشُدُ، بفتح العين ماضيًا، وبضمها مضارعًا. ورشِدَ يرشَدُ، بكسرها ماضيًا، وفتحها مضارعًا، رَشَدًا ورُشْدًا، بفتح الفاء وضمها، وقد قُرئ بهما قوله تعالى: ﴿مِمَّا عُلِّمْتَ رُشْدًا﴾ [الكهف: ٦٦]، وقوله تعالى: ﴿سَبِيلَ ٱلرُّشْدِ﴾ [الأعراف: ١٤٦]، وهل بينهم فرق أم لا؟ قيل: نعم، ثم اختلفوا، فقال أبو عمرو: بالضم الصلاح، وبالفتح الدِّين. ومن ثم أجمعوا على ضم: ﴿فَإِنْ ءَانَسْتُم مِّنْهُمْ رُشْدًا﴾ [النساء: ٦]، وفتحوا: ﴿فَأُو۟لَٰٓئِكَ تَحَرَّوْا۟ رَشَدًا﴾ [الجن: ١٤]. وقيل: المضموم يقال فى الأمور الدنيوية والأخروية، والمفتوح فى الأخروية فقط؛ فبينهما عموم وخصوص. وقيل: المفتوح مصدر «رشد» بالكسر، والمضموم مصدر «رشد» بالفتح. وقيل: الرُّشد والرَّشَد والرَّشاد: الهدايةُ والاستقامة[(٢)].

قوله: «غير مبذر»: التبذير: التفريق، ومنه بذرت الحب فى الأرض أى فرقته

---

(١) البيت لدريد بن الصمة من داليته فى رثاء أخيه (الديوان ٤٧).
(٢) ينظر عمدة الحفاظ (٢/ ١٠٣).

فيها. وأصله من إلقاء البذر فى الأرض وطرحه فيها. فاستعير لكل مضيع ماله؛ لأن التبذير فى الأرض بالنسبة إلى ظاهر الصورة تضييع للبذر لولا ما تَرَجَّاه الباذر.

والتبذير فى العرف: السَّفَهُ، قال تعالى: ﴿وَلَا تُبَذِّرْ تَبْذِيرًا إِنَّ الْمُبَذِّرِينَ كَانُوا إِخْوَانَ الشَّيَاطِينِ﴾ [الإسراء: ٢٧]. النهى فى الحقيقة لأمته، وإنما خاطبه لأنه هو سيد خلقه. وبذرت الكلام من الناس: أى نقلت ما سمعته من بعضهم إلى بعض[١].

قوله: «أو تَنَّاءَ إن كان تانِئًا»[٢] التَّنَاءَةُ: الزِّرَاعَةُ، والتَّانِئُ: الزَّارِعُ. وأصلها: الإقامة، يقال: تنأ بالمكان (يتنأ) تُنُوءا - بالهمز: إذا أقام به وقطنه، والتانئ من ذلك، وهم تُنَّاءُ البَلَدِ، والاسم: التناءة. من الصحاح[٣].

الأحكام: إيناس الرشد هو إصلاح الدين والمال.

فأما إصلاح الدين: فألا يرتكب من المعاصى ما تُرَدُّ به شهادته.

وأما إصلاح المال: فألا يكون مبذرا.

وقال مالك وأبو حنيفة: إذا بلغ الرجل مصلحا لماله دفع إليه ماله، وإن كان مفسدا لدينه.

دليلنا: قوله - تعالى -: ﴿فَإِنْ آنَسْتُمْ مِنْهُمْ رُشْدًا﴾ [النساء: ٦] قال ابن عباس: الرشد الحلم والعقل والوقار[٤]، والحلم والوقار لا يكونان إلا لمن كان مصلحا لماله ودينه. وكذا روى عن الحسن فى تفسيرها أنه قال: إصلاح فى دينه وإصلاح فى ماله[٥].

ولأن إفساده لدينه يمنع رشده، والثقة فى حفظ ماله؛ كما أن الفسق فى الدين يمنع من قبول قوله، وإن عرف منه الصدق فى القول.

إذا ثبت هذا فبلغ غير مصلح لماله ولدينه، فإنه يستدام عليه الحجر وإن صار شيخًا، وبه قال مالك وأبو يوسف ومحمد.

وقال أبو حنيفة: إذا بلغ غير مصلح لماله لم يُدفع إليه مال، لكن إن تصرف فيه

---

(١) ينظر عمدة الحفاظ (١/ ١٩٥).
(٢) ينظر النظم (١/ ٢٧١).
(٣) مادة: (نتأ).
(٤) أخرجه عبد بن حميد وابن المنذر وابن أبى حاتم كما فى الدر المنثور للسيوطى ٢/ ٢١٥.
(٥) أخرجه ابن جرير وابن المنذر والبيهقى كما فى الدر المنثور للسيوطى ٢/ ٢١٥.

ببيع أو عتق أو غيره نفذ تصرفه، فإذا بلغ خمسا وعشرين سنة انفك عنه الحجر، ودفع إليه ماله، وإن كان مفسدا لدينه وماله؛ لأنه قد آن له أن يصير جدا؛ لأنه قد بلغ باثنتى عشرة سنة فيتزوج ويولد له ويبلغ ولده باثنتى عشرة سنة ويولد له. قال الشيخ: وأنا أستحيى أن أمنع الجد ماله.

دليلنا: قوله - تعالى -: ﴿حَتَّىٰٓ إِذَا بَلَغُوا۟ ٱلنِّكَاحَ فَإِنْ ءَانَسْتُم مِّنْهُمْ رُشْدًا فَٱدْفَعُوٓا۟ إِلَيْهِمْ أَمْوَٰلَهُمْ﴾ [النساء: ٦] فأمر بدفع المال إليهم بالبلوغ، وإيناس الرشد، وقد بينا الرشد ما هو، وهذا لم يؤنس منه الرشد؛ فلم يفك عنه الحجر؛ ولم يدفع إليه ماله؛ كما لو كان ابن أربع وعشرين سنة، وأما قوله: «إنه قد آن له أن يصير جدا»، فلا اعتبار لكونه جدا؛ ألا ترى أن المجنون يستدام عليه الحجر ما دام مجنونا، وإن كان جدا؟!

إذا ثبت هذا: فإنه ينظر فى ماله من كان ينظر فيه قبل البلوغ؛ لأنه حجر ثَبَتَ عليه من غير حاكم؛ فكان إلى الناظر فيه قبل البلوغ؛ كالنظر فى مال الصغير.

فرع: وأما إصلاح المال فلا يعلم إلا بالاختبار، وفى وقت الاختبار وجهان:

أحدهما: لا يصح إلا بعد البلوغ؛ لأن الاختبار أن يدفع إليه المال؛ ليبيع ويشترى فيه وينفقه، وهذا لا يصح إلا بعد البلوغ، فأما قبل ذلك فهو محجور عليه للصغر.

والثانى: يصح قبل البلوغ؛ لقوله - تعالى -: ﴿وَٱبْتَلُوا۟ ٱلْيَتَٰمَىٰ حَتَّىٰٓ إِذَا بَلَغُوا۟ ٱلنِّكَاحَ فَإِنْ ءَانَسْتُم مِّنْهُمْ رُشْدًا فَٱدْفَعُوٓا۟ إِلَيْهِمْ أَمْوَٰلَهُمْ﴾ [النساء: ٦]، وهذا يقتضى أن يكون الاختبار قبل بلوغ النكاح.

ولأن تأخير الاختبار إلى البلوغ يؤدى إلى الحجر على رشيد؛ لأنه قد يبلغ مصلحًا لماله ودينه، فلو قلنا: إن الاختبار لا يجوز إلا بعد البلوغ، استديم الحجر على رشيد ومنع من ماله؛ لأنه لا يدفع إليه المال إلا بعد الاختبار.

وقد ذهب إلى القول الأول مالك - رضى الله عنه - وذهب إلى الثانى الشافعى وأبو حنيفة وأحمد فى إحدى الروايتين عنه، واستدلوا بما يلى:

أولا: بالغاية من قول الله - تعالى -: ﴿حَتَّىٰٓ إِذَا بَلَغُوا۟ ٱلنِّكَاحَ﴾ [النساء: ٦] فقد جعل الله بلوغ النكاح وإيناس الرشد غاية وحدًّا للابتلاء، وإنما الغاية بعد المغيّى؛ فكان الاختبار قبل البلوغ لا بعده.

ثانيًا: وصفهم فى الآية بوصف اليتم؛ فإنما اليتيم من لم يبلغ وقد جعل الله

الابتلاء لليتيم؛ فكان الاختبار قبل البلوغ لا بعده.

ثالثًا: أن الاختبار لو كان بعد البلوغ لزم أن يحجر عليه، وهو بالغ رشيد، وذلك ما لم يذهب إليه ذاهب.

مناقشة الأدلة

وقد نوقشت هذه الأدلة:

فأما الأول: فقد رده المالكية؛ بأن الغاية فى الآية ليست للاختبار والابتلاء، وإنما هى غاية لتسليم أموالهم إليهم؛ إذا بلغوا راشدين؛ فكان الابتلاء والتسليم كلاهما بعد البلوغ.

وأما الثانى: فقد رده المالكية؛ بأن اسم اليتم أطلق عليهم باعتبار ما كان، وقد وقع فى القرآن الكريم أن أطلق هذا الاسم على البالغين، قال - تعالى -: ﴿وَءَاتُوا۟ ٱلْيَتَـٰمَىٰٓ أَمْوَٰلَهُمْ﴾ [النساء: ٢] والاتفاق قائم على أن المراد غير الصغار.

وأما الثالث: فقد رده المالكية بأن الرشد وحسن التصرف إنما يعرف بالابتلاء؛ فما لم يبتل لم يثبت رشده[١].

والدليل لمالك: أن حكمة الاختبار إنما هى لتبين الرشد، فإذا لم يكن قبل البلوغ رشد؛ فلا وجه لاختباره، ثم هو قبل البلوغ عديم القيمة لا تترتب عليه ثمرة؛ إذ لا يسلم إليه ماله.

والذى تطمئن إليه النفس: ما ذهب إليه الأولون من أن الاختبار قبل البلوغ، والقصد تعويد الصغير كيف يبيع؟ وكيف يشترى؟ وكيف يساوم؟ ويغالب؟ حتى تكمل له بالممارسة مَلَكَة التصرف على خير الوجوه وأحسنها؛ فالتعليم فى الصغر كالنقش فى الحجر يظهر ويثبت ولا يضيع، والتعليم فى الكبر كالنقش على الماء يخفى ولا يستقر، ثم هو زائل ضائع.

وصحيح أن المقصود من الاختبار تبين الرشد، وذلك لا يمنع أن يكون له مقدماته ووسائله.

وتخريج المالكية الآيةَ ﴿وَٱبْتَلُوا۟ ٱلْيَتَـٰمَىٰ﴾ [النساء: ٦] غير ظاهر عندى، فإن الغاية ظاهرة فى مطلوب غيرهم، وليس فيها ما يدل على مجازية لفظ اليتامى[٢].

(١) ينظر المغنى ٤/٥١٨ .

(٢) ينظر نظام الحجر فى الشريعة لسليمان عثمان .

فإذا قلنا: يصح الاختبار قبل البلوغ، فكيف يختبر بالبيع والشراء؟ فيه ثلاثة أوجه:

أحدها: يأمره الولى أن يساوم فى السلع ويقدر الثمن، ولا يعقد؛ لأن عقد الصبى لا يصح، ولكن يعقد الولى.

ومنهم من قال: يشترى الولى سلعة، ويدعها على يد البائع، ويواطئه على بيعها من الصبى: فإن اشتراها منه بثمنها عرف رشده.

ومنهم من قال: يجوز عقد الصبى؛ لأنه موضع ضرورة.

وحاصل هذا أن فى المسألة وجهين:

الأول: أن الصبى المختبر لا يتولى العقد بنفسه، وهو ما ذهب إليه الشافعى.

الثانى - وإليه ذهب أبو حنيفة، وأحمد، ومالك -: أن الولى يدفع إلى المحجور عليه جزءًا من المال، ويبيح له التصرف فيه، ثم يترقب عمله، فإن كان صوابا علم رشده، ووجب دفع المال إليه، وإن كان خطأ كان باقيا على سفهه، ولا يرتفع الحجر عنه[1].

واستدل هؤلاء بما يلى:

أولا: بقول الله - تعالى -: ﴿وَابْتَلُوا الْيَتَامَى حَتَّى إِذَا بَلَغُوا النِّكَاحَ فَإِنْ آنَسْتُمْ مِنْهُمْ رُشْدًا فَادْفَعُوا إِلَيْهِمْ أَمْوَالَهُمْ﴾ [النساء: ٦]، ووجه الدلالة فى الآية: أن الله أمر الأولياء باختبار حال اليتامى، وهذا الاختبار لا يتحقق إلا بدفع شىء من المال إليهم، وتفويض التصرف فيه بالبيع والشراء، وغير ذلك؛ حتى يظهر: أيغبنون فى البياعات؛ فيكونوا على الحجر، أو لا فيسلم المال إليهم؟

ثانيا: أن المختبر عاقل مميز محجور عليه، ويصح تصرفه بإذن وليه؛ كالرقيق صح تصرفه بإذن سيده.

مناقشة الأدلة

وقد يقال على الأول: إن الابتلاء قد يكون بإحضار المحجور عليه مجالس البيع والشراء، وإرشاده وسؤاله عما يكون به صلاح المال: فإن عقل كان رشيدًا، ودفع إليه ماله، وإلا ظل محجورًا عليه، وليس يلزم أن يكون ذلك بدفع شىء من المال،

---

(١) ينظر منح الجليل (٣/ ١٦٥، ١٦٦)، ونظام الحجر فى الشريعة لسليمان عثمان .

فضلا عن صحة تصرفه، ففيه مضيعة للمال.

ولكن يقال: إن الممنوع هو إعطاؤه كل المال، واستقلاله بالتصرف فيه، وأما إعطاؤه جزءًا من المال بقصد الامتحان، فليس بمضيعة.

وقد استدل الشافعى:

١ - بأن العقل حال باطن، لا يمكن الوقوف منه على الحد الذى يصلح معه التصرف لخفائه؛ فجعل الشارع له ضابطًا هو البلوغ عن رشد؛ فلا تثبت له أحكام العقلاء قبله، ومنها صحة تصرف المحجور عليه.

٢ - بأن المحجور عليه الصغير غير مكلف؛ فأشبه غير المميز؛ فلا تثبت له أحكام المكلفين.

مناقشة الأدلة

وقد رد الأول: بأن العقل لا يمكن الاطلاع عليه، ولكن إذا جرت تصرفاته على وفق المصلحة، علمنا رشده.

ورد الثانى: بأن هناك فرقا بين المميز، وغير المميز: فإن غير المميز عديم العقل أصلا، والمميز ناقصه فقط، ثم إن غير المميز لا حاجة إلى اختباره؛ لأن حاله معلوم.

والذى يظهر لى رجحان ما ذهب إليه الجمهور: فإن المساومة بالفعل، واستقلال الصبى بها أدل على رشده، أو عدم رشده من المساومة بدون استقلال[1].

وأما كيفية الاختبار: فإن كان من أولاد التجار والسوقة الذين يخرجون إلى السوق، فاختباره أن يدفع إليه شىء من ماله؛ ليبيع ويشترى فى السوق: فإن كان ضابطا جازما فى البيع والشراء دل على رشده، وإن كان يغبن بما لا يتغابن الناس بمثله؛ فهو غير رشيد.

وإن كان من أولاد الملوك والتجار الذين يصانون عن الأسواق، قال الشيخ أبو حامد: فاختبارهم أصعب من الأول، واختبار الواحد منهم: أن يدفع إليه شىء من المال، ويجعل إليه نفقة الدار مدة شهر، وما أشبه ذلك للخبز والماء والملح واللحم: فإن كان ضابطا حافظا يحسن إنفاق ذلك علم رشده، وإن كان غير ضابط

---

(١) ينظر المغنى (٤/ ٥٣٣)، ونظام الحجر فى الشريعة لسليمان عثمان .

لم يعلم رشده.

قال الصيدلانى: وولد البَنَّاء يختبر بالدراعة.

هذا إذا كان المختبر غلاما، وإن كان امرأة، قال الشيخ أبو حامد وابن الصباغ: لا تختبر بالبيع والشراء؛ لأن العادة جرت أنها لا تباشر ذلك، وإنما تختبر بأن يدفع إليها شيء من المال، وتجعل نساء ثقات يشرفن على فعلها، وتؤمر بإنفاق ذلك فى الخبز والماء والملح واللحم، كما يختبر من يصان عن الأسواق من الرجال، ويضاف إلى هذا شراء القطن والغزل؛ لأن هذا من عمل النساء.

وقال الصيمرى: إن كانت مبتذلة تعامل الخباز والصباغ اختبرت بالبيع والشراء.

فرع: قال الصيمرى: ولا يعلم رشده حتى يتكرر ذلك منه التكررُ الذى يؤمن أن يكون ذلك اتفاقًا.

قال المسعودى: ولا يضمن الولى المال الذى يدفعه إليه للاختبار؛ لأن ذلك موضع حاجة إليه.

فرع: إذا بلغت المرأة مصلحة لمالها ودينها، فك عنها الحجر ودفع إليها مالها، سواء تزوجت أو لم تتزوج، وكان لها التصرف بجميع مالها بغير إذن زوجها، وبه قال أبو حنيفة، وقال مالك: لا ينفك عنها الحجر حتى تتزوج ويدخل بها، وإذا تزوجت لم يجز لها أن تتصرف بأكثر من ثلث مالها بغير معاوضة إلا بإذن زوجها.

دليلنا: ما روى أن النبى ﷺ خطب فى العيد فلما فرغ من خطبته أتى النساء فوعظهن، وقال: «تَصَدَّقْنَ وَلَوْ مِنْ حُلِيِّكُنَّ. فَتَصَدَّقْنَ بِحُلِيِّهِنَّ»[1]. فلو كان لا ينفذ تصرفهن بغير إذن أزواجهن، لما أمرهن النبى ﷺ بالصدقة، ولا محالة أنه كان فيهن

---

(١) فى الباب عن زينب امرأة عبد الله بن مسعود وأبى سعيد الخدرى، وعبد الله بن عمر وغيرهم:

حديث زينب امرأة عبد الله بن مسعود، أخرجه البخارى ٤/ ٨٨ كتاب الزكاة باب الزكاة على الزوج والأيتام... (١٤٦٦) ومسلم ٢/ ٦٩٤ كتاب الزكاة باب فضل النفقة والصدقة (٤٥/ ١٠٠٠)

حديث أبى سعيد الخدرى: أخرجه البخارى ١/ ٥٣٩ كتاب الحيض باب ترك الحائض الصوم (٣٠٤) وأطرافه فى [١٤٦٢ و١٩٥١ و٢٦٥٨] ومسلم ١/ ٨٧ كتاب الإيمان باب بيان نقصان الإيمان... (٨٠)

حديث عبد الله بن عمر: أخرجه مسلم ١/ ٨٦ (١٣٢/ ٧٩).

من لها زوج ومن لا زوج لها.

ولأنها حرة بالغة رشيدة؛ فلم تمنع من مالها، كما لو تزوجت.

فصل: إذا بلغ مصلحا لماله ودينه فك عنه الحجر، وهل يفتقر فكه إلى الحاكم؟ فيه وجهان:

أحدهما: لا يفتقر إلى الحاكم؛ لأنه حجر لم يفتقر ثبوته إلى الحاكم فلم يفتقر فكه إلى الحاكم؛ كالحجر على المجنون، وفيه احتراز من حجر السفيه.

والثانى: لا ينفك إلا بحكم الحاكم؛ لأنه يفتقر إلى نظر واجتهاد؛ فافتقر إلى الحاكم كالحجر على السفيه. هذا هو المشهور.

وبالغ القاضى عبد الوهاب البغدادى من المالكية، فجزم بأنه لا ينفك الحجر بحكم أو بغير حكم إلا بحكم من الحاكم، وسواء فى ذلك الصبى والمجنون.

وقوله هذا ينقض قول من قال بعدم افتقار فك الحجر عن الصبى إلى حكم حاكم؛ قياسا على المجنون؛ حيث قد جعل فك الحجر عن المجنون يفتقر إلى حكم الحاكم أيضًا، ومن هنا حكمنا بأن ما ذهب إليه أمر مبالغ فيه؛ لأن كلمة الفقهاء قد اجتمعت على أن زوال الحجر الكائن بسبب الجنون لا يحتاج إلى حكم من الحاكم، بل يكون مجرد إفاقة المجنون رشدا، ولم يظهر لنا فى قول القاضى عبد الوهاب تعليل مناسب أو دليل يستند إليه، ولا سيما أن أفعال العقلاء واضحة لا تشتبه بأفعال المجانين؛ وبالتالى فليس الجنون وعدمه من الأمور التى تفتقر إلى نظر واجتهاد حتى يتوقف زوال الحجر فيه إلى حكم حاكم، والله أعلم.

وقال الصيمرى: إن كان الناظر فى ماله هو الأب أو الجد، لم يفتقر إلى الحاكم، وإن كان الناظر فيه أمين الحاكم لم ينفك إلا بالحاكم، وإن كان الناظر فيه هو الحاكم ففيه وجهان:

أحدهما: لا يفتقر فكه إلى الحاكم، كما لو كان الناظر هو الأب أو الجد.

والثانى: يفتقر إلى الحاكم، كما لو كان الناظر فيه أمين الحاكم.

قال المصنف - رحمه الله تعالى -:

(فصل) وإن فك عنه الحجر، ثم صار مبذرًا؛ حجر عليه؛ لما روى أن عبد الله بن جعفر - رضى الله عنه - ابتاع أرضًا سبخةً بستين ألفًا؛ فقال (له) عثمان: ما يسرنى أن تكون لى بنعلى معًا، فبلغ ذلك عليًا - كرم الله وجهه - وعزم أن يسأل عثمان أن

يحجر عليه، فجاء عبد الله بن جعفر إلى الزبير، وذكر أن عليًا يريد أن يسأل عثمان - رضى الله عنهما - أن يحجر عليه؛ فقال الزبير: أنا شريكك؛ فجاء على إلى عثمان - رضى الله عنهما - وسأله أن يحجر عليه، فقال: كيف أحجر على من شريكه الزبير، فدل على جواز الحجر، ولأن كل معنًى اقتضى الحجر، إذا قارن البلوغ، اقتضى الحجر إذا طرأ بعد البلوغ؛ كالجنون.

(الشرح) قوله: «لما روى أن عبد الله بن جعفر رضى الله عنه ابتاع أرضا. . .»

أخرجه الشافعى فى الأم[1]، والبيهقى فى السنن الكبرى[2]، من طريق أبى يوسف القاضى عن هشام بن عروة عن أبيه ولم يذكر البيهقى الثمن وقال: يقال إن أبا يوسف تفرد به وليس كذلك.

ثم أخرجه[3]، من طريق الزبيرى المدنى القاضى عن هشام نحوه لكن عين أن الثمن ستمائة ألف وينظر التلخيص[4].

قوله: «عبد الله بن جعفر[5]»: هو أبو جعفر عبد الله بن جعفر بن أبى طالب بن عبد المطلب، الهاشمى القرشى. وأمه: أسماء بنت عميس. ولد بأرض الحبشة، وهو أول مولود ولد فى الإسلام بها. وتوفى بالمدينة سنة ثمانين، وقيل: سنة خمس أو ست وثمانين، وله تسعون سنة، وكان جوادا ظريفا حليما عفيفا، يسمى بحر الجود، قيل: لم يكن فى الإسلام أسخى منه. روى عنه محمد بن على ابن أبى طالب، وعروة بن الزبير، والقاسم بن محمد، وابن أبى مليكة، والشعبى. وروى عنه من أولاده: إسماعيل، ومعاوية، وإسحاق، وخلق كثير سواهم.

قوله: «أَرْضًا سَبِخَةً»[6] أى: رديئة التربة، فيها ملوحة، لا تكاد تُنْبِت. والسباخ: من الأرض التى لا تنبت، وفى المَثَلِ: «كالزارع فى السباخ» الواحدة: سبخة[7].

---

(١) ٣/ ٢٢٠ .

(٢) ٦/ ٦١ .

(٣) ٦/ ٦١ .

(٤) ٣/ ١٠٨ .

(٥) ينظر نسب قريش ٨٠ - ٨٣، والتبيين ٩٤ - ٩٦، وجمهرة الأنساب ٦٨، والمعارف ٢٠٦، والمنمق ٣٧٤، ٧٩، والاستيعاب ٨٨٠ - ٨٨٢، وتهذيب التهذيب ٥/ ١٤٩، وتهذيب الأسماء واللغات ١/ ٢٦٣، ٢٦٤ .

(٦) ينظر: النظم (١/ ٢٧٢) .

(٧) ينظر: الصحاح والمصباح واللسان (سبخ) .

الأحكام: إذا بلغ الصبى مصلحا لماله ودينه، ففك عنه الحجر، ودفع إليه ماله - فإنه قد يصير بعد ذلك مفسدا لدينه وماله أو لماله: فأما إفساد الدين فمعروف، وأما إفساد المال، فبإنفاقه سفها، أى: سرفا وتبذيرا.

وقد اختلفت كلمة الفقهاء فيما يكون صرف المال فيه سرفا وتبذيرا:

فذهب المالكية، والشافعية والحنابلة إلى أن صرف المال فى وجوه الخير، وأنواع البر والقرب لا يعد سرفا ولا تبذيرا، وذلك كصرفه فى سبيل الله، وبناء المساجد، وإصلاح الطرق، وبناء القناطر، وإقامة المعاقل والحصون، وبناء المشافى، وما إلى ذلك من كل عمل يعود على الإسلام والمسلمين بالمصلحة.

وذهب الحنفية إلى أن صرف المال فى وجوه البر يعد سرفا مذموما؛ إن زاد عن حد التوسط. فأنت ترى أن الحنفية يرون كل تبذير سفها حتى لو كان فى القربات، وغيرهم يرى أن التبذير ليس سفها فى القربات؛ فإنه لا سرف فى الخير، كما لا خير فى السرف.

الأدلة:

استدل الحنفية بآيات من القرآن الكريم نذكر منها:

١ - قوله - تعالى -: ﴿وَلَا تَجْعَلْ يَدَكَ مَغْلُولَةً إِلَىٰ عُنُقِكَ وَلَا تَبْسُطْهَا كُلَّ ٱلْبَسْطِ فَتَقْعُدَ مَلُومًا مَّحْسُورًا﴾ [الإسراء: ٢٩]، والوجه أن الله - تعالى - نهى عن التقتير والتبذير، فأفاد الاعتدال، وهو الوسط الذى لا إفراط فيه ولا تفريط، وكان ذلك نهيا عاما لم يشمل شيئا دون شىء.

٢ - قوله - تعالى -: ﴿وَٱلَّذِينَ إِذَآ أَنفَقُوا۟ لَمْ يُسْرِفُوا۟ وَلَمْ يَقْتُرُوا۟ وَكَانَ بَيْنَ ذَٰلِكَ قَوَامًا﴾ [الفرقان: ٦٧]، والوجه: أنه - تعالى - أثنى على عباده المؤمنين الذين هم عباد الرحمن، بأنهم سلكوا فى الإنفاق طريقا وسطا: لا مسرفين ولا مقترين، ولو كان صرف المال فى القربات كذلك ما وسع الله إلا أن يثنى به على عباده المؤمنين، بل هو يكون أولى بالذكر.

وقد جعل الله فى مال الإنسان حقوقا لغيره لم تبلغ أكثر ما بلغت إلا نسبة قليلة، قد لا تزيد عن ١٠٪، وقد تنحط إلى ٢,٥٪، ومعنى ذلك أن الأصل فى المال أن يكون للإنسان، فكل ما أخرجه عن ذلك وجب أن يكون تبذيرا منهيا عنه.

واستدل الآخرون بالقرآن، والسنة.

أما القرآن:

فأولا: قوله - تعالى -: ﴿مَّثَلُ ٱلَّذِينَ يُنفِقُونَ أَمْوَٰلَهُمْ فِي سَبِيلِ ٱللَّهِ كَمَثَلِ حَبَّةٍ أَنۢبَتَتْ سَبْعَ سَنَابِلَ فِي كُلِّ سُنۢبُلَةٖ مِّاْئَةُ حَبَّةٖۗ﴾ [البقرة: ٢٦١]، والوجه: أنه - سبحانه - وعد المؤمنين الذين ينفقون أموالهم فى سبيل الله؛ ابتغاء مرضاته، وطمعا فى ثوابه، أن الحسنة تضاعف إلى سبعمائة بل تزيد لمن شاء الله، وهذا فضل عظيم يحمل العقلاء على صرف أموالهم فى سبيل الله، وما من شك فى أن مصالح المسلمين هى سبيل من سبل الله.

وثانيا: قوله - تعالى -: ﴿إِنَّ ٱلْمُصَّدِّقِينَ وَٱلْمُصَّدِّقَٰتِ وَأَقْرَضُواْ ٱللَّهَ قَرْضًا حَسَنًا يُضَٰعَفُ لَهُمْ وَلَهُمْ أَجْرٌ كَرِيمٌ﴾ [الحديد: ١٨].

وثالثا: قوله - تعالى -: ﴿وَيَسْـَٔلُونَكَ مَاذَا يُنفِقُونَ قُلِ ٱلْعَفْوَۗ﴾ [البقرة: ٢١٩] والعفو: ما فضل عن الحاجة.

وأما السنة: فقد تصدق المسلمون الأولون، وأنفقوا فى أعمال الخير والبر والمعروف والجهاد فى سبيل الله.

فهذا عثمان بن عفان - رضى الله عنه - اشترى بئر رومة بأربعين ألف درهم - أو ثمانين - وجعلها للمسلمين(١)، وجهز جيش العسرة من إبل وعتاد وزاد، حتى قال فيه الرسول ﷺ: «مَا ضَرَّ عُثْمَانَ مَا فَعَلَ بَعْدَ الْيَوْمِ»(٢).

وخرج أبو بكر - رضى الله عنه - عن ماله أكثر من مرة(٣)، وعائشة - أم المؤمنين - همت ببيع رباعها فى سبيل الله، ولم يعد ذلك تبذيرا ولا إسرافا.

---

(١) أخرجه الترمذى ٦/ ٧١ - ٧٢ أبواب المناقب باب فى مناقب عثمان بن عفان.. (٣٧٠٢) والنسائى ٦/ ٢٣٥ كتاب الأحباس باب وقف المساجد، وعبد الله بن أحمد فى زياداته ١/ ٧٤ وابن خزيمة (٢٤٩٢) وابن أبى عاصم (١٣٠٥) و (١٣٠٦) والطحاوى فى شرح مشكل الآثار (٥٠١٩) والدارقطنى ٤/ ١٩٦، والبيهقى ٦/ ١٦٨.

(٢) أخرجه أحمد ٥/ ٦٣، والترمذى ٦/ ٧٠ أبواب المناقب باب فى مناقب عثمان بن عفان (٣٧٠١)، والطبرانى فى الأوسط (٩٢٢٢) والحاكم ٣/ ١٠٢، والبيهقى فى الدلائل ٥/ ٢١٥ وقال الترمذى: حسن غريب من هذا الوجه.

(٣) ويشهد لذلك ما أخرجه الترمذى ٦/ ٥٢ أبواب المناقب باب مناقب أبى بكر الصديق.. (٣٦٧٥)، وعبد بن حميد (١٤) وأبو داود ١/ ٥٢٦ كتاب الزكاة باب الرخصة فى ذلك (١٦٧٨) والبزار (٢٧٩) والحاكم ١/ ٤١٤، والبيهقى ٤/ ١٨٠ - ١٨١.

مناقشة الأدلة

وقد نوقشت أدلة الشافعية، ومن نحا نحوهم، بأن الآيات التى استدلوا بها عامة خصصتها الآيات التى استدل بها الحنفية، وبيان ذلك أن القرآن الكريم يفسر بعضه بعضا.

وأما ما فعله عثمان، وأبو بكر، وعائشة، وغيرهم من المسلمين الأولين، فلا يعد بالنسبة إليهم سرفا وتبذيرا؛ وذلك لأن التبذير أمر يختلف باختلاف الأشخاص، وبحسب المال قلة وكثرة.

ومن ثم: فإن ما ذهب إليه الحنفية من التوسط والاعتدال فى صرف المال فى الوجوه التى أباح الشارع صرفه فيها أولى بالاعتبار؛ لأننا إذا نظرنا إلى أن السفيه بعد الحجر عليه ممنوع من بذل المال فى القرب، والمندوبات: كالعتق، والصدقة، وغيرهما؛ لأن ذلك يتنافى مع حفظ ماله الذى من أجله شرع الحجر عليه، وأن ذلك لا خلاف فيه بين القائلين بالحجر للسفيه ومن بينهم: المالكية، والشافعية، والحنابلة- إذا نظرنا إلى كل ذلك لا يسعنا إلا أن نقول: إن مذهب الحنفية أرجح؛ لأنهم طردوا الباب على وتيرة واحدة، وجعلوا ما كان مضيعا للمال بعد الحجر مضيعا له قبله، وأن فاعله يستحق الحجر عليه.

أما المباحات: فذهب الشافعية، والحنابلة إلى أن صرف المال فيها لا يعد سرفًا ولا تبذيرًا، وخالف فى ذلك المالكية، والحنفية.

احتج الشافعية، ومن معهم: بأن المال إنما خلق للتمتع، والانتفاع به فيما لذ وطاب مما أذن فيه الشارع؛ قال - تعالى -: ﴿قُلْ مَنْ حَرَّمَ زِينَةَ اللَّهِ الَّتِي أَخْرَجَ لِعِبَادِهِ وَالطَّيِّبَاتِ مِنَ الرِّزْقِ﴾ [الأعراف: ٣٢].

واحتج المالكية، والحنفية بقوله - تعالى -: ﴿يَا بَنِي آدَمَ خُذُوا زِينَتَكُمْ عِنْدَ كُلِّ مَسْجِدٍ وَكُلُوا وَاشْرَبُوا وَلَا تُسْرِفُوا﴾ الآية [الأعراف: ٣١]، ووجه الدلالة من الآية: أن الله - تعالى - نهى عن الإسراف، وذمه بقوله: ﴿إِنَّهُ لَا يُحِبُّ الْمُسْرِفِينَ﴾ [الأعراف: ٣١]، ومن غير شك أن صرف المال وإنفاقه زيادة على الوجه المعتاد يكون المنفق له مسرفا، وأنه منهى عن ذلك.

وعلى ضوء هذا يكون الذى ترجح هو مذهب المالكية ومن معهم.

أما صرف المال فى المحرمات: كبذله للمغنيات، وشر الخمر، والسباق، ولعب

القمار، وما إلى ذلك مما هو شائع ومعروف فى عصرنا هذا - فقد اتفق الفقهاء جميعا على أن صرف المال فيه يعد سرفا وتبذيرا[(١)].

فرع: إذا ثبت هذا فعاد مفسدا لماله أو لماله ودينه، فهل يعاد عليه الحجر أم لا؟ اختلف الفقهاء فيه؛ بناء على اختلافهم فى أهلية السفيه للتصرف فى المال:

فذهب الشافعى ومالك وأحمد وأبو يوسف ومحمد من الحنفية إلى: أن السفه ينافى أهلية التصرف فى المال؛ لذلك قالوا بالحجر على السفيه.

وذهب أبو حنيفة وأهل الظاهر إلى: أن السفه لا ينافى أهلية التصرف فى المال، غير أن الظاهرية لا يمنعون منه ماله بعد البلوغ، وأبو حنيفة يمنعه إلى خمس وعشرين سنة[(٢)] مع اتفاقهم على نفاذ تصرفه، وقد سلك أهل الظاهر فى الاستدلال طريقا، وسلك أبو حنيفة طريقا آخر.

أدلة أهل الظاهر:

واستدل الظاهرية على أن السفيه غير محجور عليه، وأن السفه لا ينافى أهلية التصرف بالقرآن والسنة:

أما القرآن:

فعمومات من نحو قوله - تعالى -: ﴿لَن تَنَالُواْ ٱلْبِرَّ حَتَّىٰ تُنفِقُواْ مِمَّا تُحِبُّونَ﴾ [آل عمران: ٩٢]، وقوله - تعالى -: ﴿وَجَٰهِدُواْ بِأَمْوَٰلِكُمْ وَأَنفُسِكُمْ فِي سَبِيلِ ٱللَّهِ﴾ [التوبة: ٤١]، وقوله - تعالى -: ﴿مَا سَلَكَكُمْ فِي سَقَرَ قَالُواْ لَمْ نَكُ مِنَ ٱلْمُصَلِّينَ وَلَمْ نَكُ نُطْعِمُ ٱلْمِسْكِينَ﴾ [المدثر: ٤٢-٤٤].

ووجه الدلالة من الآيات: أن الله - تعالى - ندب المؤمنين - من غير فرق بين السفهاء وغيرهم - إلى أعمال الخير والبر، والتماس أسباب القرب من الله - تعالى - بالأموال.

وأما السنة:

فعمومات - أيضًا - نذكر منها قوله ﷺ: «اتَّقُوا النَّارَ وَلَوْ بِشِقِّ تَمْرَةٍ»[(٣)]، والوجه

---

(١) ينظر نظام الحجر فى الشريعة لسليمان عثمان .

(٢) ينظر المبسوط ٢٤/ ١٥٧ .

(٣) أخرجه البخارى ١٠/ ٤٦٣ كتاب الأدب باب طيب الكلام (٦٠٢٣) ومسلم ٢/ ٧٠٤ كتاب الزكاة باب الحث على الصدقة ولو بشق تمرة أو كلمة طيبة وأنها حجاب من النار (٦٨/ ٦/ =

أن كل أحد من المسلمين مطلوب منه اتقاء النار بما تملك يده، ولو كان شق تمرة، لا فرق فى ذلك بين سفيه وغير سفيه؛ فإن الظواهر تظافرت على ذلك لا يخرج منها إلا ما أخرجه الدليل، وهو إنما أخرج الصبى والمجنون[1].

ونحن نرى أن هذه العمومات لا تنفع الظاهرية، ولا تضر غير الحنفية؛ فإن أعمال الخير والمعروف مما حث الله على الإنفاق فيها، ولم يقل واحد من العلماء بأن فاعلها يستحق الحجر عليه.

وأما الحنفية فلهم أن يقولوا: إن ذلك كله مخصوص بالأدلة التى تدل على أن للإنفاق حدا، إن هو جاوزه كان سفها وتبذيرا.

رأى أبى حنيفة، والتدليل عليه:

وقال أبو حنيفة - رضى الله عنه -: لا يحجر على الحر البالغ العاقل، وإن كان مبذرا متلفا لماله فيما لا غرض له فيه، ولا مصلحة: كما لو أحرقه، أو ألقى به فى بحر، وإنما إذا بلغ سفيها، فإنه يمنع من ماله إلى خمس وعشرين سنة، ثم يدفع إليه ماله، فإنه لا بد بعد هذه السن أن يحصل له ضرب من الرشد، وتصرفه بالبلوغ نافذ، وإنما منع منه المال هذه المدة؛ تأديبا له وزجرا، فإن لم ينتفع بهذا التأديب فلا فائدة[2].

والحكمة فى ذلك: أن السفيه قد يبلغ من حيث السن بثمانية عشرة سنة، فإذا بلغ ولم يرشد اعتبرنا له مدة يظن فيها تغير حاله غالبًا، وقد نظرنا: فوجدنا أن الشارع اعتبر السبع فى الصلاة، فقد قال الرسول ﷺ: «مُرُوهُمْ بِالصَّلَاةِ لِسَبْعٍ»[3] فاعتبرنا

= ١٠) من حديث عدى بن حاتم .

(١) ينظر المحلى لابن حزم ٨/ ٢٧٩ .

(٢) ينظر الهداية ٨/ ١٩٤ .

(٣) أخرجه أبو داود (١/ ٣٣٤) كتاب: الصلاة، باب: متى يؤمر الغلام بالصلاة، حديث (٤٩٥)، وأحمد (٢/ ١٨٧)، والدارقطنى (١/ ٢٣٠) كتاب: الصلاة، باب: الأمر بتعليم الصلوات والضرب عليها، حديث (٢،٣)، والحاكم (١/ ١٩٧)، وابن أبى شيبة (١/ ٣٤٧)، والدولابى فى الكنى (١/ ١٥٩)، والعقيلى فى الضعفاء (٢/ ١٦٧ - ١٦٨)، وأبو نعيم فى الحلية (١٠/ ٢٦)، والخطيب فى تاريخ بغداد (٢/ ٢٧٨) من حديث عبد الله بن عمرو بن العاص، قال: قال رسول الله ﷺ: «مروا أولادكم بالصلاة، وهم أبناء سبع سنين واضربوهم عليها وهم أبناء عشر سنين، وفرقوا بينهم فى المضاجع» الحديث .

وأخرجه أبو داود (١/ ٣٣٢، ٣٣٣) كت الصلاة، باب: متى يؤمر الغلام بالصلاة؟، =

هذه المدة بعد البلوغ؛ فكانت خمسا وعشرين سنة، وما من شك فى أن الصغير محجور عليه للصبا، وهو إذا بلغ ولم يرشد فقد استصحب أثر الصبا كالصبا؛ فمنعنا المال منه إلى هذه المدة.

هذه وجهة، ووجهة أخرى أنه فى هذه السن[1] قد يكون جدا، فضلا عن أن يكون أبا، فإنه إذا بلغ وهو ابن اثنتى عشرة سنة، فيتزوج، ويولد له لستة أشهر، فإذا تزوج هو - أيضا - وهو ابن اثنتى عشرة سنة، فيولد له لستة أشهر؛ تحقق فى الأول أن يكون جدا، وكيف يكون جدا ويحجر عليه؟!

ما يرد على أبى حنيفة.

وقد يرد على أبى حنيفة أشياء:

أولا: ما فائدة منع المال منه إلى هذه السن، مع قوله بنفاذ تصرفه؟ والجواب - طبعا -: أنه لا فائدة، ولكن فيه زيادة كلفة على الولى فى حفظ مال السفيه، فإذا هو لم يقطع لسانه عن التصرفات، ولم يهدر قوله فلا فائدة فى المنع قطعا[2].

ثانيا: دعواه أن منع المال منه إنما كان للزجر والتأديب، ولا زجر بعد هذه المدة - مدفوع بالحدود؛ فإنها تقام على الشخص، قلَّت السِّن عن هذه المدة أو زادت، ومن الذى يستطيع دعوى أن المنع لا يفيد بعد هذه المدة؟

ثالثا: كذلك ليس من الحتم أن تتغير حاله بعد هذه المدة، بل هى قد تسوء، وتزداد سوءًا، وإذا جاز أن يطرأ سفه بعد رشد، فأولى أن يستمر السفه ويزداد، وحَدُّ

= حديث (٤٩٤)، والترمذى (٢/ ٢٥٩) كتاب: الصلاة، باب: ما جاء متى يؤمر الصبى بالصلاة؟، حديث (٤٠٧).

والدارمى (١/ ٢٧٣)، وابن أبى شيبة (١/ ٣٤٧)، وأحمد (٣/ ٢٠١)، وابن الجارود (١٤٧)، وابن خزيمة (٢/ ١٠٢)، والطحاوى فى مشكل الآثار (٣/ ٢٣١)، والدارقطنى (١/ ٢٣٠)، والحاكم (١/ ٢٠١)، والبيهقى (٢/ ١٤) من طريق عبد الملك بن الربيع بن سبرة عن أبيه عن جده عن رسول الله ﷺ قال: مروا الصبى بالصلاة ابن سبع سنين، واضربوا عليها ابن عشر.

وقال الترمذى: حسن صحيح.

وقال الحاكم: صحيح على شرط مسلم، ووافقه الذهبى.

وصححه ابن خزيمة.

(١) ينظر المبسوط ٢٤/ ١٦٢.

(٢) ينظر المبسوط ٢٤/ ١٦٣.

ذلك بخمس وعشرين سنة تحكم لا دليل عليه.

رابعا: لا يعنينا كونه جدا؛ فإن الجدودة ليست مناط حكم هنا، بل يلزم أبا حنيفة أن تقل هذه السن حيث وجدت الجدودة، وقد توجد قبل ذلك؛ فإن الأنثى قد تبلغ لتسع، فإذا تزوجت فولدت لستة أشهر بنتا فبلغت هي - أيضا - لتسع فتزوجت، فولدت لستة أشهر - تحقق أن تكون جدة، وهي بنت تسعة عشر[1].

خامسا: هذه مجرد فروض نادرة، وعلى النادر لا تبتنى الأحكام، قالوا: «ولا يفرض حكم العموم لفرد نادر».

استدلال الجصاص لأبي حنيفة:

وقد استدل الجصاص لأبي حنيفة بقوله - تعالى -: ﴿وَٱبْتَلُوا۟ ٱلْيَتَـٰمَىٰ حَتَّىٰٓ إِذَا بَلَغُوا۟ ٱلنِّكَاحَ فَإِنْ ءَانَسْتُم مِّنْهُمْ رُشْدًا﴾ [النساء: ٦]

الآية، وجه الدلالة: أن الله - تعالى - قد شرط «رشدا» نكرة؛ فاقتضى تحقق المشروط بأي شيء يقع عليه اسم الرشد، والله - تعالى - قد علق دفع المال على شرطين: البلوغ، وإيناس الرشد، غير أنه ذكر الشرط الثاني بعد الأول معاقبا له بفاء العطف التي هي للتعقيب فتقتضي إيناس رشد معاقبا للبلوغ، ولا يعاقب البلوغ إلا هذه المدة، والدال على اعتبارها أنها اعتبرت في الصلاة؛ حيث قال الرسول ﷺ: «مُرُوهُمْ بِالصَّلَاةِ لِسَبْعٍ»، وقال عمر - رضي الله عنه -: «ينتهي لب الرجل إذا بلغ خمسا وعشرين سنة»، وقد ترك العمل فيما دون هذه السن بعد البلوغ؛ فتبقى الآية على ظاهرها بعدها.

مناقشة هذا الدليل:

وهذا الاستدلال مدفوع من أوجه:

الأول: أن المراد من الرشد في الآية هو الرشد في المال، بمعنى: حفظه، وحسن التصرف فيه؛ لأن الكلام في المال؛ فحيثما لم يتحقق هذا لم يدفع إليه المال، ولو بلغ من العمر أرذله.

الثاني: أن الصبي المميز إنما حجر عليه؛ لمظنة السفه والتبذير، فإذا تحقق وجود السفه؛ فأولى أن يحجر عليه.

---

(١) المغني ٤/ ٥١٢.

الثالث: أن كون السفيه لا بد أن يحصل له ضرب من الرشد إذا بلغ هذه السن هو أشبه أن يكون تحكما.

واستدل أبو حنيفة أيضا:

١ - بقول الله - تعالى -: ﴿وَلَا تَأْكُلُوهَآ إِسْرَافًا وَبِدَارًا أَن يَكْبَرُوا۟﴾ [النساء: ٦] ووجه الدلالة: أن الله - تعالى - نهى أولياء اليتامى عن أكل أموال اليتامى مبادرين كبرهم، فإنهم إذا كبروا زالت ولايتهم عنهم؛ فهو نص على زوال الولاية بالكبر، وهو نص على زوال الحجر به؛ لأن الولاية إنما كانت للحاجة، وهى إنما تنعدم إذا صار اليتيم مطلق التصرف بنفسه[1].

مناقشة هذا الدليل: وهذا الاستدلال عجيب؛ فإن الكبر غالبا يتبعه الرشد؛ فكان ذكر الكبر ذكرًا للازمه وهو الرشد فيكون المعنى - على هذا -: أن يكبروا راشدين، على أن هذا عجز آية صدرها: ﴿فَإِنْ ءَانَسْتُم مِّنْهُمْ رُشْدًا﴾ [النساء: ٦]، ولا أدرى بعد هذا، كيف يتم الاستدلال لأبى حنيفة؟!

٢ - واستدل - أيضًا - بعمومات الكتاب من نحو قوله - تعالى -: ﴿وَأَحَلَّ ٱللَّهُ ٱلْبَيْعَ وَحَرَّمَ ٱلرِّبَوٰا۟﴾ [البقرة: ٢٧٥] والوجه: أنه - تعالى - أحل البيع، وأطلق ذلك الحل، ولم يشترط فيه رشدًا، والحل يفيد ترتب الثمرة عليه من ملك الثمن للبائع، وملك المثمن للمشترى.

مناقشة الدليل: وهذا الاستدلال عجيب - أيضًا - فإن الآية أحلت مبدأ عامًّا من مبادئ المعاملات، فارقة بحكم المبدأ بينه وبين حكم الربا، سيقت لهذا فقط، أمَّا أن البيع لا بد له من شروط تتعلق بطرفى التعاقد، وبالثمن والمثمن - فذلك شىء آخر لم تسق له الآية.

على أن الله - تعالى - كما أطلق فى العاقد، أطلق فى المعقود عليه، ومقتضى الاستدلال حل كل مبيع، وإن لم يستوف شروطه الشرعية، وهو ما لم يقل به المستدلُّ.

٣ - واستدل - أيضًا - بقوله - تعالى -: ﴿يَـٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُوٓا۟ إِذَا تَدَايَنتُم بِدَيْنٍ إِلَىٰٓ أَجَلٍ مُّسَمًّى فَٱكْتُبُوهُ﴾ [(٢٨٢) البقرة]، ووجه الدلالة: أن الله - تعالى - أمر بكتابة الدين المؤجل الناشئ عن المعاملة، والخطاب فى الآية عام، ليس لواحد دون

---

(١) ينظر المبسوط ٢٤/١٥٩ .

الآخر؛ فلا فرق بين رشيد وغير رشيد؛ فقد دلت الآية على نفاذ تصرف كل متداين؛ فالحجر على السفيه ينافى ذلك.

ولكن هذا الاستدلال غير ناهض؛ فإن فى آخر الآية: ﴿فَإِن كَانَ ٱلَّذِى عَلَيْهِ ٱلْحَقُّ سَفِيهًا أَوْ ضَعِيفًا﴾ [(٢٨٢) البقرة] وذلك مثبت للولاية عليه، وكيف يستقيم مع هذا الاستدلال؟! وأيضًا فإنها تشمل فيمن تشمل الصغير والمجنون.

٤ - واستدل - أيضًا - بقول الله - تعالى -: ﴿يَـٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُوا۟ لَا تَأْكُلُوٓا۟ أَمْوَٰلَكُم بَيْنَكُم بِٱلْبَـٰطِلِ إِلَّآ أَن تَكُونَ تِجَـٰرَةً عَن تَرَاضٍ مِّنكُمْ﴾ [النساء: ٢٩]، ووجه الدلالة: أن الله - تعالى - نهى المؤمنين عن أكل أموال الناس بالباطل، وجعل ذلك عند انعدام الرضا، وأباح أكلها إذا وجد الرضا، والأكل أريد به مطلق التعاطى، وإذا منع السفيه من التصرف فى ماله، وتصرف عنه وليه من غير رضا منه؛ كان منهيًا عنه، ولا يكون المنهى عنه مشروعًا.

والاستدلال بالآية غير ناهض له؛ فإنها قد خص منها الصغير والمجنون قطعًا؛ فيخص منها السفيه أيضًا. على أن ذلك ليس تصرفًا يمنعه الله؛ فإنه لحفظ ماله وحسن القيام عليه؛ فلم يكن أكلا للمال بالباطل.

٥ - واستدل - أيضًا - بآيات الكفارات من الظهار، والقتل الخطأ، واليمين، مثل: قوله - تعالى -: ﴿ٱلَّذِينَ يُظَـٰهِرُونَ مِنكُم مِّن نِّسَآئِهِم﴾ [المجادلة: ٢]، وقوله: ﴿وَمَن قَتَلَ مُؤْمِنًا خَطَـًٔا﴾ [النساء: ٩٢]، وقوله: ﴿لَا يُؤَاخِذُكُمُ ٱللَّهُ بِٱللَّغْوِ فِىٓ أَيْمَـٰنِكُمْ﴾ [المائدة: ٨٩].

والوجه: أن هذه الآيات دلت على نفاذ العتق ممن وقع منه السبب، سواء كان سفيهًا أو غير سفيه؛ ضرورة أن الخطاب عام فيه فدلت على نفاذ تصرف السفيه، وإذا نفذ تصرفه فلا يكون محجورًا عليه.

وما من شك فى أن التلفظ بالظهار اختيارًا، والخطأ فى القتل، والحنث فى اليمين - نوع من السفه فدل هذا كله على أنه مع السفه يتصور منه السبب الموجب لاستحقاق المال، ومن ضرورته ألا يمنع من أداء ما لزمه شرعًا؛ فالحجر عليه لا يأتى بفائدة كبيرة؛ لأنه متمكن من إتلاف المال بهذه الأسباب[1].

(١) تقدم.

ويناقش ذلك بأن: الآيات مخصوصاتٌ بالصغير والمجنون اتفاقًا؛ فهي تخص - أيضًا - بالسفيه. على أن هذا - أيضًا - مجرد احتمال، فمن هذا الذي يأتي على كل ماله بالظهار، أو بالقتل الخطأ، أو باليمين؟! إنه إن فعل ذلك مرة فقد لا يعود إليه أبدًا، فهو عقلا يمكنه الإتلاف بهذه الأسباب، ولكن العادة تمنع ذلك وتحيله.

٦ - واستدل بقول الرسول - عليه الصلاة والسلام -: «لَا يَحِلُّ مَالُ امْرِئٍ مُسْلِمٍ إِلَّا بِطِيبٍ مِنْ نَفْسِهِ»[١]، ووجه الدلالة: أن الرسول ﷺ نهى عن أخذ أموال الناس بدون رضا من أصحابها فشرط طيب النفس، ونفس السفيه لا تطيب بالحجر عليه، وتصرف الولي عنه؛ فيكون منهيًا عنه، والمنهي عنه لا يكون مشروعًا.

وقد يقال في هذا ما قيل في الآية: ﴿يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُواْ لَا تَأْكُلُوٓاْ أَمْوَٰلَكُم بَيْنَكُم بِٱلْبَٰطِلِ﴾ [النساء: ٢٩].

٧ - استدل بأن السفيه حر مخاطب؛ فهو أهل لأحكام الله - تعالى - فيجب أن يكون أهلا في المال حتى يكون مطلق التصرف كالرشيد، وإذا كان حرًّا مخاطبًا فهو أهلٌ للتصرف، وإذ قد تصرف فهو إنما يتصرف في محل تصرفه، وهو خالص ملكه؛ وذلك يثبت باعتبار حرية المالك، وبعد صدور التصرف من أهله في محله، لا يمنع نفاذه إلا مانع، والسفه لا يصلح لذلك المانع؛ وذلك لأنه بالسفه لا يظهر نقصان عقله، ولكن السفيه يكابر عقله، ويتابع هواه، وهذا لا يكون معارضًا في توجيه الخطاب إليه بحقوق التصرف؛ كما لم يكن معارضا في توجيه الخطاب إليه بحقوق الشرع.

ويجاب على ذلك بما يلي:

أولا: أنه قياسٌ في الأسباب، وأبو حنيفة لا يقول به[٢].

ثانيًا: أن العلة غير متحققة في الفرع؛ فإن علته في الأصل كونه مخاطبًا بالغا رشيدا؛ فالرشد جزء من علته، ولم يوجد في السفيه.

ثالثا: هو قياسٌ في مقابلة النصوص التي تدل على الحجر على السفيه، والقياس في مقابلة النص باطلٌ.

---

(١) ينظر المبسوط ٢٤/١٥٨ .
(٢) ينظر ابن الحاجب ٢/٢٥٥ .

رابعًا: وينقضه العبد؛ فإنه مخاطب عاقل، وهو ممنوع من التصرف باتفاق.

وقد أجاب صاحب نتائج الأفكار عن الأخير بجوابين:

الأول: أنه ذكر المخاطب مطلقًا، وإنما ينصرف إلى الفرد الكامل، والعبد ليس بكامل؛ لأنه تسقط عنه الخطابات المالية: كالزكاة، وصدقة الفطر، والأضحية، وقد يسقط عنه غير المالية: كالجمعة والعيدين.

وقد يقال: إنه مخاطب كامل بمقتضى آدميته، غير أنه تخلف وذلك لمانع: إما لأنه لا يملك أصلا، أو لا يملك ملكًا تامًّا؛ لأن العبد وما ملكت يداه لسيده، كما أنه إنما سقطت عنه الجمعة وما إليها لحق السيد.

الثاني: أن المراد بالمخاطب إنما هو المخاطب بالتصرفات المالية؛ بدلالة محل الكلام؛ لأن الكلام فى الحجر على التصرفات المالية: كالبيع، والشراء، والهبة، والصدقة، فهو على هذا لا يشمل الرقيق؛ لأنه لا مال له؛ فلا تصرف له فيه؛ فلا خطاب.

وفى الحق أنه تخريج غير ظاهر؛ فإنه لا يكون محل الكلام دليلا على أن الكلام فى الحجر فى المال، وإنما الكلام عام.

٨ - أن الله - تعالى - خاطب العبد، واعتبره لأن يكون مكلفا بالعبادة، واعتبر إقراره بالعقوبات، ولم يهدر قوله فيها، ولم يعتبر سفهه شبهة يندرئ بها الحد، فإذا لم يهدر قوله فيها فأولى فى غيرها، ثم إن فى الحجر عليه إهدارًا لآدميته، وإلحاقًا له بالبهائم؛ وذلك ضرر عظيم يكون فى نفسه، والتبذير فى المال ضرر يلحقه فى ذات يده، ولا يدفع ضرر أقل بضرر أعظم؛ لأن النفس أسمى من المال وأجل[(١)]، وهذا الدليل يكاد يكون بعينه هو الدليل السابع؛ فكلاهما بسط للآخر، وتفصيل له.

وما أجيب به هناك هو ما يجاب به هنا[(٢)].

أما الشافعى، ومن وافقه: وهم الجمهور، فقد استدلوا للحجر على السفيه بالكتاب، والسنة، والآثار، والمعقول: وهو قياس وغير قياس.

أما الكتاب فأولا: قوله - تعالى -: ﴿فَإِن كَانَ ٱلَّذِى عَلَيْهِ ٱلْحَقُّ سَفِيهًا أَوْ ضَعِيفًا أَوْ

---

(١) ينظر المبسوط ٢٤/١٦٠ .

(٢) ينظر نظام الحجر فى الشريعة لسليمان عثمان .

﴿لَا يَسْتَطِيعُ أَن يُمِلَّ هُوَ فَلْيُمْلِلْ وَلِيُّهُۥ بِٱلْعَدْلِ﴾ [البقرة: ٢٨٢].

والوجه فى ذلك: أن الله - تعالى - جعل من عليه الحق أربعة أصناف:

١ - المستقل بنفسه: وهو البالغ الرشيد.

٢ - السفيه: وهو البالغ غير الرشيد.

٣ - الضعيف: وهو الصغير، أو المجنون، أو الشيخ الهرم.

٤ - الذى لا يستطيع أن يملّ: وهو الأخرس، أو هو الجاهل بما له وما عليه.

وهذه أصناف أربعة لا بد من التقابل بينها، بحيث يكون كل واحد منها غير الآخر، وإلا لزم أن يكون كلاما غير بليغ، ودون ذلك «مهامه فيح» ؛ فلزم أن يكون كل واحد منها غير داخل فى الآخر.

وأيضًا: فإن ذكر هذه الأصناف بحرف «أو» يقتضى كونها أمورًا متغايرة[1]، إذا كان الأول هو البالغ الرشيد الناطق، وجب أن يكون الثلاثة غيره، وهو إما بالغ غير رشيد: كالسفيه، والمجنون، والشيخ الهرم، وإما غير بالغ كالصبى، وإما بالغ رشيد عاجز عن النطق، وهو الأخرس، وقد جعل الله لكل هؤلاء - ما عدا الأول - ولاية عليه بقوله: ﴿فَلْيُمْلِلْ وَلِيُّهُۥ بِٱلْعَدْلِ﴾ [البقرة: ٢٨٢] وليس للولاية من معنى إلا التصرف عن المولى عليه، وهذا هو معنى الحجر.

قال الإمام الشافعى: وإنما أمر الله ولى السفيه بالإملال عنه؛ لأنه أقامه مقامه فيما لا غنى له به عنه فى ماله[2].

ولأبى حنيفة أن يقول فى هذا الدليل:

١ - إنه ليس من الحتم أن يكون السفيه ما ذكرتم، فَلِمَ لا يكون هو الصغير، أو المجنون؟! وحينئذ لا تدل الآية على مطلوبكم.

ولكن هذا غير ناهض؛ فإن السفه فى العرف يضاد الرشد، ولا ينافى البلوغ، ولا يقابل العقل؛ فليس عديم العقل سفيهًا، وإنما هو مجنون، وأبو حنيفة نفسه يقول: إن السفيه يكابر عقله، ويتابع هواه، وهو بذلك يباين المجنون؛ ولذلك كان عنده أهلا للتكاليف، وهو بهذا المعنى - أيضًا - لا يصدق على الصغير؛ فلزم أن يكون

---

(١) ينظر ابن العربى ١/ ١٠٥ .

(٢) ينظر مختصر المزنى على هامش الأم ٢/ ٢٢٣، الفخر الرازى ٢/ ٣٧٢ .

هو فى الآية البالغ غير الرشيد.

٢ - إن الضمير فى قوله - تعالى -: ﴿فَلْيُمْلِلْ وَلِيُّهُۥ﴾ [البقرة: ٢٨٢]، إنما يرجع إلى الدَّيْن المذكور قبل، والمعنى: أن الذى يملى هو من له الدين؛ فلم تثبت الولاية على هؤلاء المذكورين؛ فلا حجة بهذه الآية. وهو بعيد؛ لأنه قول مدّع، ولا يقبل لمدّع قول؛ فإن تقرر قبول قوله فلا حاجة بنا إلى الكتاب والإشهاد[1].

٣ - إن الآية تقتضى نفاذ تصرف السفيه؛ فإن الذى عليه الدين، هو الذى لزمه بمداينة نفسه؛ لقوله - تعالى - فى صدر الآية: ﴿يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُوٓاْ إِذَا تَدَايَنتُم بِدَيْنٍ﴾ [البقرة: ٢٨٢] ثم قال: ﴿وَلْيُمْلِلِ ٱلَّذِى عَلَيْهِ ٱلْحَقُّ﴾ [البقرة: ٢٨٢] والمعنى: الحق الذى لزمه بهذه المداينة، وأما قوله: ﴿فَلْيُمْلِلْ وَلِيُّهُۥ بِٱلْعَدْلِ﴾ [البقرة: ٢٨٢] فلا يثبت الولاية بمعنى التصرف عنه؛ لأن عجزه عن الإملال قد يكون لعدم هدايته إلى الحساب، أو لعدم إحسانه الإملال؛ لأنه يحتاج إلى تأليف كلام، وهو قد لا يعرف ما يدل له مما يدل عليه، ومن كان بهذه المثابة فهو بحاجة إلى من يُملُّ عنه، ممن يحسن ذلك، بعد إقرار المدين على نفسه، وغالب الناس اليوم على هذا.

ويمكن أن يجاب عن هذا الاعتراض: بأنه غير متجه؛ فإن الله - سبحانه وتعالى - أمر من عليه الحق بالإملاء؛ إن كان بالغًا رشيدًا، أما إن منع من الإملال مانع بأن كان من عليه الدين سفيهًا أو ضعيفًا، أو لا يستطيع أن يملّ، فقد أمر الله الولى بأن يمل عنه، ولا نعنى بالولى إلا من يلى أمره فى التصرف عنه، وهذا ما يفيده سياق الآية؛ ألا ترى إلى قوله - تعالى -: ﴿فَلْيَكْتُبْ وَلْيُمْلِلِ ٱلَّذِى عَلَيْهِ ٱلْحَقُّ﴾ [البقرة: ٢٨٢] إلخ فإنه صريح فيما قلناه، ومن المعلوم أن الكاتب ليس بولى للسفيه. على أن المعترض الذى قال: إن الآية تقتضى نفاذ تصرُّف السفيه، إنما بنى هذا الاعتراض على أن الخطاب فى الآية عام، وفاته أن عجز الآية قد خصص صدرها؛ فاندفع هذا الاعتراض.

وثانيا: قوله - تعالى -: ﴿وَلَا تُؤْتُواْ ٱلسُّفَهَآءَ أَمْوَٰلَكُمُ ٱلَّتِى جَعَلَ ٱللَّهُ لَكُمْ قِيَٰمًا﴾ [النساء: ٥].

ووجه الدلالة: أن الخطاب للأولياء بدليل الآية قبلها: ﴿وَءَاتُواْ ٱلْيَتَٰمَىٰٓ أَمْوَٰلَهُمْ﴾

(١) ينظر الفخر الرازى ٢/ ٣٧٢ .

[النساء: ٢] فكأن المعنى أن الله أمر بإيتاء اليتامى أموالهم، ولكن لما كان ذلك أمرًا مطلقًا أراد الله أن يبين أن إيتاءهم أموالهم مشروط بأن يكونوا بالغين عقلاء راشدين، وأمر بإمساك الأموال ما داموا سفهاء؛ فتكون الآية التى هى موضع الاستدلال تقييدًا للآية الأولى، ويكون الكلام كله دائرًا حول أموال اليتامى، ووجوب حفظها، وأن الأموال فى الآية هى أموال السفهاء، لا أموال المخاطبين؛ بدليل قوله - تعالى -: ﴿وَٱرۡزُقُوهُمۡ فِيهَا وَٱكۡسُوهُمۡ﴾ [النساء: ٥]، ولو كانت أموال المخاطبين، لقال الله - تعالى -: وارزقوهم منها، فأفاد بالظرفية أن المال مال السفهاء، وأن على الأولياء أن ينفقوا عليهم من فائدة أموالهم بواسطة التجارة والتثمير، وحيث ثبت أن المخاطبين هم الأولياء، وأن الأموال أموال السفهاء، وثبت أن الله - تعالى - أمر الأولياء بحفظها، وعدم إيتائهم الأموال ما داموا كذلك؛ فقد ثبت الحجر بالسفه.

قال الجصاص: إن الخطاب للآباء، والأموال أموال الآباء؛ بدليل إضافتها إلى المخاطبين، والله - تعالى - قد نهى الآباء عن أن يؤتوا مالهم أولادهم السفهاء، وهم الصغار؛ لأنهم لا يحسنون القيام عليه ولا حفظه، وفى ذلك إضاعة للمال، وقد نهينا عنه(١).

وهذا بعيد؛ فإن الآية لو كانت كذلك لكانت فى غير اليتامى، وسياق الآية وسابقها ولاحقها ينافيه؛ فإن سياق الآية فى أموال اليتامى وحفظها، وسابقها فى هذا المعنى أيضًا، وأما لاحقها، فقوله - تعالى -: ﴿وَٱرۡزُقُوهُمۡ فِيهَا وَٱكۡسُوهُمۡ﴾ [النساء: ٥]؛ فكانت أموال اليتامى، لا أموال المخاطبين.

ثم هذه الوصية: ﴿وَقُولُواْ لَهُمۡ قَوۡلٗا مَّعۡرُوفٗا﴾ [النساء: ٥] ؛ لأنها بالأيتام أشبه؛ فإن الأب مشفق على ابنه بالطبع، فهو ليس بحاجة إلى وصية، ولا كذلك ولد الغير.

وربَّ قائل يقول: إذا كان الأمر على ما ذكرت، فلم أضاف الأموال إلى المخاطبين، وهو قد يشعر بغير المقصود؟

فنقول: ذلك لأمر سامٍ جليل، وغرض صحيح نبيل، وبيانه من وجهين:

الأول: أنها بالإضافة إليهم - وهى ليست لهم - كأنها أموال المخاطبين، والإنسان حفيظ على ماله، ضنين به، يتوخى فيه وجوه المصلحة؛ فكذلك يجب

---

(١) ينظر الجصاص ٢/ ٧٣ .

تصرفه فى مال اليتيم.

الثانى: أن الإضافة إنما حسنت إجراء للوحدة بالنوع مجرى الوحدة بالشخص على حد قوله - تعالى -: ﴿لَقَدْ جَآءَكُمْ رَسُولٌ مِّنْ أَنفُسِكُمْ عَزِيزٌ عَلَيْهِ مَا عَنِتُّمْ....﴾ [التوبة: ١٢٨].

وقوله - تعالى -: ﴿ثُمَّ أَنتُمْ هَٰٓؤُلَآءِ تَقْتُلُونَ أَنفُسَكُمْ﴾ [البقرة: ٨٥] وقوله - تعالى -: ﴿فَاقْتُلُوٓا۟ أَنفُسَكُمْ﴾ [البقرة: ٥٤]، والإنسان لا يقتل نفسه، ولكن يقتل غيره، ولكن لما كان الكل من نوع واحد صح أن يقال ذلك، فكذلك المال نوع واحد؛ فإنه عصب الدولة، وفقار الشعوب؛ فدلت الآية على أن المال حيث كان مما يجب حفظه.

وبعد: فإن هذا الاستدلال يتم من هذا الوجه، ولكن المتكلمين فى التفسير اختلفوا فى السفهاء على خمسة أقوال:

الأول: البالغون غير الراشدين، وهو السفيه الذى لا يحسن التصرف فى ماله.

الثانى: أن المراد بالسفهاء النساء، قاله مجاهد، وجويبر، والضحاك، ويؤيده:

١ - ما روى عن أمامة أن النبى ﷺ قال: «أَلَا إِنَّما خُلِقَتِ النَّارُ لِلسُّفَهَاءِ، أَلَا وإِنَّ السُّفَهَاءَ النِّسَاءُ إِلَّا امْرَأَةً أَطَاعَتْ قَيِّمَهَا»[1].

وعندى: أن القول بأن السفهاء هم النساء غير وجيه؛ لأن السفهاء جمع للذكور لا الإناث، ولو سلم أنه قد يكون لغير الذكور، فليس فى الحديثين دلالة على أن المراد بالسفهاء فى الآية: النساء؛ فإنه ليس يلزم من أن يكون من النساء سفهاء، أن يكون السفهاء النساء؛ لأن الاسم لم يختص بهن، وقول الرسول ﷺ: «سَمَّاكُنَّ الله فِي كِتَابِهِ» - لا يقتضى حتمًا أن يكون وجه التسمية من هذه الآية، على أن الحديثين فيهما مقال[2].

الثالث: أن المراد بالسفهاء الصبيان قاله الزهرى، وابن زيد.

الرابع: أن المراد بالسفهاء الصبيان والنساء، قاله ابن عباس، والحسن، وقتادة، وابن جبير، وسعيد.

---

(١) أخرجه ابن أبى حاتم كما فى الدر المنثور للسيوطى ٢/ ٢١٣ .
(٢) ينظر تفسير الألوسى ٤/ ٢٣ .

الخامس - قاله ابن جرير -: أن المراد من السفهاء: كل من له عقل لا يفى بحفظ المال.

وعندى: أن هذا الرأى مستقيم؛ وذلك لأن الأقوال التى مرت فى معنى السفهاء تخصيص للغة بغير دليل، وأنه لو أريد من السفهاء فى الآية الصبيان فقط، أو هم والنساء لم يستقم بها الاستدلال؛ فإن السفه لا ينافى الصغر، وإنما يجامعه، ولكن مما قد يكون مشكلا أن يكون السفه وصفا يلازم النساء؛ وعليه فليس لامرأة أن تضع مالها فى يدها، ولا تتصرف فيه؛ فإن ذلك لم يقل به أحد من المسلمين فإن ترجح أن السفه يقابل الرشد، ولا ينطلق على الصغير أنه سفيه: لزم أن السفهاء فى الآية هم البالغون غير الراشدين؛ فتنهض الآية دليلا على الحجر بالسفه.

وثالثا: قوله - تعالى -: ﴿وَٱبْتَلُوا۟ ٱلْيَتَٰمَىٰ حَتَّىٰٓ إِذَا بَلَغُوا۟ ٱلنِّكَاحَ فَإِنْ ءَانَسْتُم مِّنْهُمْ رُشْدًا فَٱدْفَعُوٓا۟ إِلَيْهِمْ أَمْوَٰلَهُمْ﴾ [النساء: ٦] الآية.

ووجه الدلالة: أن الله علق دفع الأموال على شرطين: بلوغ النكاح، وإيناس الرشد؛ فلم يكن ليثبت بأحدهما وهو البلوغ فقط، وكما لم يرتفع الحجر عن الصغير، ولو أحسن التصرف فى ماله عملا بالشرط الآخر؛ فكذلك لا يرتفع الحجر بالبلوغ دون الرشد عملا بالشرط الآخر أيضًا[١].

وقد نوقش هذا الاستدلال:

١ - بأن تعليق الحكم على شرط لا يقتضى عدم الحكم إذا انعدم الشرط. وهذا كلام بعيد عن مجارى كلام العرب؛ فإن التعليق عندهم يعتمد الوجود عند الوجود، والعدم عند العدم[٢].

٢ - أن الشرط فى الآية: ﴿رُشْدًا﴾ نكرة؛ فإذا تحقق الشرط بوجه من الوجوه، ترتب عليه جزاؤه لا محالة.

وأول أحوال البلوغ قد يقارنه السفه باعتبار أثر الصبا، وبقاء أثر الصبا كبقاء عينه، وإذا تطاول الزمن، وظهرت الخبرة والتجربة لم يبق أثر الصبا، فقد تجدد ضرب من الرشد لا محالة؛ لأنه حال كمال لبه؛ فقد ورد عن عمر - رضى الله عنه - أنه قال:

---

(١) ينظر المغنى ٤/ ٥١٢، مختصر المزنى ٢/ ٢٢٣.
(٢) ينظر تفسير الألوسى ٤/ ٢٤.

«ينتهى لب الرجل إذا بلغ خمسًا وعشرين»[١]. وقال أهل الطباع: من بلغ خمسًا وعشرين سنة فقد بلغ أشده.

وأجيب عن هذه المناقشة: بأنه إذا كان ضرب من الرشد كافيا؛ كما يشعر به قولهم: إن «الرشد» فى الآية نكرة، وكان ذلك حاصلا عند هذه السن لا محالة - كان الدفع واجبا عند إيناس الرشد؛ فلم يكن بين الإمام الأعظم وغيره خلافٌ. غاية ما فى الأمر أنه يبقى الخلاف بين الإمام أبى حنيفة وغيره فى أن الرشد المعتبر شرطا للدفع فى الآية ماذا هو؟ وهو أمر آخر وراء ما عرف عن الإمام فى هذه المسألة.

فإن أريد بهذا الضرب من الرشد الذى أشار إليه التنوين هو الرشد فى مصلحة المال؛ فكونه لا بد وأن يحصل فى سن خمس وعشرين سنة فى حيز المنع.

وإن أريد ضرب من الرشد كيفما كان، فهو على فرض تسليم حصوله إذ ذاك لا يجدى نفعًا؛ إذ الآية كالصريحة فى اشتراط الرشد بمعنى إصلاح المال وحفظه[٢].

وبهذا ثبتت قوة استدلال الجمهور؛ وذلك لسلامته من الاعتراضات.

وأما السنة:

فأولا: قد ثبت أنه ﷺ رد صدقة الرجل الذى تصدق بأحد ثوبيه[٣]. أخرجه أصحاب السنن، وصححه الترمذى.

وثانيًا: أنه رد البيضة على من تصدق بها، ولا مال له غيرها[٤].

---

(١) تقدم .

(٢) ينظر تفسير الألوسى ٤/ ٢٤ .

(٣) أخرجه الحميدى (٧٤١) والبخارى فى جزء القراءة خلف الإمام (١٦٢) وأبو داود ١/ ٥٢٥ كتاب الزكاة باب الرجل يخرج من ماله (١٦٧٥) وابن ماجه ٢/ ٣١١ كتاب إقامة الصلاة باب ما جاء فيمن دخل المسجد. . (١١١٣) والترمذى ١/ ٥١٧ أبواب الجمعة باب ما جاء فى الركعتين إذا جاء الرجل والإمام يخطب (٥١١) والنسائى ٣/ ١٠٦ كتاب الجمعة باب حث الإمام على الصدقة يوم الجمعة فى خطبته وابن خزيمة (١٧٩٩) و (٤٢٨١) و (١٨٣٠) من طرق عن سفيان بن عيينة. وأخرجه أحمد ٣/ ٢٥، والنسائى ٥/ ٦٣ كتاب الزكاة باب إذا تصدق وهو محتاج إليه هل يرد عليه. من طرق عن يحيى بن سعيد كلاهما (سفيان ويحيى) قالا: حدثنا محمد بن عجلان قال: حدثنا عياض بن عبد الله بن سعد قال: سمعت أبا سعيد الخدرى يقول. . فذكر الحديث .

(٤) أخرجه عبد بن حميد (١١٢٠) و (١١٢١)، والدارمى ١/ ٣٩١ كتاب الزكاة باب النهى عن الصدقة بجميع ما عند الرجل، وأبو داود ١/ ٥٢٥ كتاب الزكاة باب الرجل يخرج من ماله (١٦٧٣) و (١٦٧٤) وابن خزيمة (٢٤٤١) من طرق عن محمد بن إسحاق عن عاصم بن =

وثالثا: أنه رد عتق من أعتق عبدا عن دبر، ولا مال له غيره[١].

ووجه الدلالة: أن الرسول - عليه الصلاة والسلام - رد تصرف هؤلاء، واعتبر ذلك إسرافًا وتبذيرًا؛ وذلك لأن في الأحاديث: «ولا مال له غيرها»، «أحد ثوبيه»، ولسنا نعقل سببا للرد إلا هذا.

وأما الآثار:

فأولا: ما روى عن عروة بن الزبير - رضى الله عنه - أن عبد الله بن جعفر كان يفنى ماله فى الضيافات، حتى اشترى دارًا للضيافة بمائة ألف درهم، فبلغ ذلك على بن أبى طالب، فقال: لآتينّ عثمان، ولأسألنّه أن يحجر عليه فاهتم لذلك عبد الله، وجاء إلى الزبير - رضى الله عنه - وأخبره بذلك، فقال له: أشركنى فيها، فأشركه، ثم جاء على إلى عثمان، وسأله أن يحجر عليه، فقال كيف أحجر على رجل شريكه الزبير؟![٢]

ووجه الدلالة فى الأثر: أن عليًا سأل عثمان أن يحجر على عبد الله، وأن عبد الله اهتم لذلك حتى كان الزبير شريكه فيما ابتاع، وأن عثمان لم ينكر على علىٍّ سؤاله، ولو كان الحجر بسبب السفه غير مشروع، لم يسأله على، ولأنكره عثمان، ولما اهتم عبد الله، ولما احتال الزبير على إسقاط الحجر عنه بالشركة معه.

ثم لم ينقل عن أحد من الصحابة إنكار ذلك؛ فدل على أن الحجر بالسفه كان أمرا مقررا بينهم بدون نكير.

وقد يقال: إن الأثر لا يدل على الحجر، بل هو على العكس يدل على عدم الحجر؛ فإن عثمان لم يحجر على عبد الله، ويمكن أن يحمل كلام علىٍّ على التهديد والتخويف، ولو أن الحجر بالسفه كان مشروعًا لأجاب عثمان عليًا إلى الحجر، ولكنه لم يفعل.

= عمر بن قتادة عن محمود بن لبيد عن جابر بن عبد الله... فذكر الحديث.

(١) أخرجه البخارى ٥/ ١٧٢ كتاب البيوع باب بيع المدبر (٢٢٣٠) و (٢٢٣١) ومسلم ٢/ ٦٩٢ كتاب الزكاة باب الابتداء فى النفقة بالنفس (٤١/ ٩٩٧) وأحمد ٣/ ٢٩٤ و٣٠٨ و٣٦٨، والترمذى ٢/ ٥٠٥ أبواب البيوع باب ما جاء فى بيع المدبر (١٢١٩) وابن ماجه ٤/ ١٣٩ كتاب العتق باب المدبر (٢٥١٢) و (٢٥١٣) من طرق كثيرة عن جابر بن عبد الله، وينظر نيل الأوطار ٥/ ٢٦٧.

(٢) ينظر نيل الأوطار ٥/ ٢٤٥، ٢٤٦.

ونحن لا ندعى أن فى الأثر حجر على عبد الله، وإنما ادعينا أن الحجر بالسفه كان معروفًا بين الصحابة متقررًا، وإنما الذى منع ذلك فى عبد الله هو شريكه الزبير، ويظهر أن الزبير كان معروفًا بحسن التصرف، وقلة الغبن؛ يدل له قول عثمان: «كيف أحجر على رجل شريكه الزبير؟» ولو كان الحجر بسبب السفه غير مشروع لم يسأله على، ولو سأله لأنكره عثمان، ولكن عليًا سأل وعثمان لم ينكر.

وثانيا: أن عائشة - رضى الله عنها - كانت تتصدق بمالها، حتى روى أنها كان لها رباع، فهمت ببيع رباعها، لتتصدق بالثمن، فبلغ ذلك عبد الله بن الزبير فقال: «لتنتهين عائشة عن بيع رباعها، أو لأحجرن عليها»[1].

ووجه الدلالة: أن الحجر بسبب التبذير كان معروفًا عند الصحابة، وإلا لو كان غير مشروع فكيف يستقيم لابن الزبير تهديد، وهو إنما يهدد عائشة أم المؤمنين التى كانت تفتى فى دين الله وتعلمه؟!

وهذا الأثر لو صح لكان دليلا للحنفية فقط، أما غيرهم الذين يرون أنه لا سرف فى المندوبات، فلا يكون دليلا عندهم.

ومعاذ الله أن تنسب عائشة الصديقة إلى السفه، وعائشة - وهى أعلم بدين الله من ابن الزبير - حين بلغها قوله حلفت ألا تكلمه أبدًا، وعائشة لم تكن كالذى ﴿وَإِذَا قِيلَ لَهُ ٱتَّقِ ٱللَّهَ أَخَذَتْهُ ٱلْعِزَّةُ بِٱلْإِثْمِ﴾ [البقرة: ٢٠٦]، ولو أن الحجر بالسفه كان مشروعًا لما حلفت.

ولكن يقال: إن عائشة لم تكن ترى أن السرف فى القربات موجبًا للحجر، ولعل ابن الزبير كان لا يعرف هذا.

وأما القياس

فهو أن السفيه كالصبى، وحيث منع المال من الصبى؛ فيمنع من السفيه، بل هو أولى؛ فإن المعنى الذى من أجله حجر على الصبى موجودٌ فى السفيه، بل هو متحقق فيه أكثر؛ ضرورة أنه حجر على الصبى لتوهم التبذير، وهو متحقق فى السفيه، فإذا حجر بسبب موهوم؛ فأولى أن يحجر بسبب محقق.

قال أبو حنيفة: إن فى السفيه ما يمنع الحجر؛ فإنه حر مكلف مخاطب، ولا

---

(١) أخرجه البخارى ١٢/ ١١٥ كتاب الأدب باب الهجرة (٦٠٧٣) و (٦٠٧٤) و (٦٠٧٥).

كذلك الصبى، ولا يقاس مخاطب على غير مخاطب.

ثم هما غير متساويين؛ لأن الحجر أبلغ فى العقوبة من منع المال[1]؛ وذلك لأن الحجر يقتضى بطلان تصرف المحجور عليه، بخلاف منع المال فإنه لا يستلزم بطلان التصرفات.

ويمكن الرد:

١ - بأن كون السفيه مخاطبًا لا يفيد على ما أسلفنا، فإنما حجر على الصغير لمعنى الإتلاف، وهذا المعنى متحقق فى السفيه.

٢ - وأن الحجر إنما هو للنظر له لا للعقوبة.

وأما المعقول غير القياس

فهو أن التصرفات المالية إنما شرعت لمصالح العباد ومنافعهم، وليس من المصلحة فى شىء أن يمكن منها من لا يهتدى إلى وجوه النفع فيها، وقد جاءت الشريعة فيما جاءت بمقصد سامٍ هو حفظ المال.

وبعد فإن الله - تعالى - جعل المال قيامًا للناس، وندب إلى حفظه فى كثير من آيات كتابه، وذم السفه والتبذير، فقال - تعالى -: ﴿إِنَّ ٱلْمُبَذِّرِينَ كَانُوٓا۟ إِخْوَٰنَ ٱلشَّيَٰطِينِ وَكَانَ ٱلشَّيْطَٰنُ لِرَبِّهِۦ كَفُورًا﴾ [الإسراء: ٢٧]، ومدح المؤمنين بالاعتدال فى الإنفاق، وعدم الإفراط فيه والتفريط، فقال: ﴿وَٱلَّذِينَ إِذَآ أَنفَقُوا۟ لَمْ يُسْرِفُوا۟ وَلَمْ يَقْتُرُوا۟ وَكَانَ بَيْنَ ذَٰلِكَ قَوَامًا﴾ [الفرقان: ٦٧]، ونهى رسول الله ﷺ عن قيل وقال، وكثرة السؤال، وإضاعة المال، وقال: «إِنَّكَ أَنْ تَذَرَ وَرَثَتَكَ أَغْنِيَاءَ خَيْرٌ لَهُمْ مِنْ أَنْ تَتْرُكَهُمْ يَتَكَفَّفُونَ النَّاسَ»[2].

وقال ابن عباس - وقد سئل: بم ينقضى يتم اليتيم؟ فقال -: لعمرى، إن الرجل لتنبت لحيته، وإنه لضعيف الأخذ، ضعيف العطاء، فإذا أخذ لنفسه من صالح ما أخذ الناس، فقد ذهب عنه اليتم.

والمال عصب الدولة وفقار ظهورها، ولا يمكن لأمة أن تقوم بمشروعات الخير والبر والإصلاح فى النواحى المختلفة، ولا أن تعبئ الجيوش لتذود بها عن أوطانها

---

(١) ينظر تبيين الحقائق ٥/ ١٩٣.
(٢) تقدم.

ومصالحها إلا بالمال؛ فالمال يجب حفظه؛ ولهذا ترجَّح ما ذهب إليه الجمهور من أن السفيه يحجر عليه[١].

قال المصنف - رحمه الله تعالى -:

فإن فك عنه الحجر، ثم صار فاسقًا، ففيه وجهان:

قال أبو العباس: يعاد عليه الحجر؛ لأنه معنًى يقتضى الحجر عند البلوغ، فاقتضى الحجر بعده؛ كالتبذير.

وقال أبو إسحاق: لا يعاد عليه الحجر؛ لأن الحجر للفسق؛ لخوف التبذير، وتبذير الفاسق ليس بيقين، فلا يزال به ما تيقنا من حفظه للمال.

(الشرح) الأحكام: إذا عاد مفسدًا لدينه وهو مصلح لماله، فهل يعاد عليه الحجر؟ فيه وجهان:

قال أبو العباس: يعاد عليه الحجر؛ لقوله - تعالى -: ﴿فَإِن كَانَ ٱلَّذِى عَلَيْهِ ٱلْحَقُّ سَفِيهًا أَوْ ضَعِيفًا أَوْ لَا يَسْتَطِيعُ أَن يُمِلَّ هُوَ فَلْيُمْلِلْ وَلِيُّهُۥ بِٱلْعَدْلِ﴾ [البقرة: ٢٨٢]؛ فأثبت الولاية على السفيه وهذا سفيه، ولأنه معنى لو قارن البلوغ لمنع من فك الحجر عنه، فإذا طرأ بعد فك الحجر عنه، اقتضى ذلك إعادة الحجر عليه كالتبذير.

وقال أبو إسحاق: لا يعاد الحجر؛ لأن الحجر يراد لحفظ ماله، فإذا كان مصلحًا لماله لم يعد عليه الحجر، ويخالف إذا قارن إفساد الدين البلوغ؛ لأن الحجر إذا ثبت لم يزل عنه إلا بأمر قوى؛ فكذلك إذا فك عنه الحجر لم يعد الحجر عليه إلا بأمر قوى.

إذا ثبت هذا: فإن كلمة الفقهاء تكاد تجمع على أن الفسق الطارئ بعد البلوغ ليس سببًا للحجر، والشافعى يفرق بين فسق مقارن فهو يستوجب الحجر، وفسق طارئ فهو لا يستوجب الحجر؛ فتحصل أن الخلاف بين الجمهور والشافعى إنما هو فى الفسق المقارن.

قال الجمهور من المالكية والحنفية والحنابلة: لا يحجر عليه به.

وقال الشافعى: يحجر عليه به.

أدلة الشافعى:

(١) ينظر نظام الحجر فى الشريعة لسليمان عثمان .

استدل الشافعي على أن الرشد يتناول الصلاح في الدين كما يتناول الصلاح في المال - بما يأتي:

أولا: بقوله - تعالى -: ﴿فَإِنْ ءَانَسْتُم مِّنْهُمْ رُشْدًا فَٱدْفَعُوٓا۟ إِلَيْهِمْ أَمْوَٰلَهُمْ﴾ [النساء: ٦].

والوجه في ذلك: أن الرشد ضد الغي، قال الله - تعالى -: ﴿لَآ إِكْرَاهَ فِى ٱلدِّينِ قَد تَّبَيَّنَ ٱلرُّشْدُ مِنَ ٱلْغَىِّ﴾ [البقرة: ٢٥٦]، وقال - تعالى -: ﴿وَعَصَىٰٓ ءَادَمُ رَبَّهُۥ فَغَوَىٰ﴾ [طه: ١٢١] جعل الله المعصية غواية، والفاسقُ عاصٍ، وإذا كان الفسق غواية فهو يضاد الرشد؛ فالفاسق غير رشيد قال - تعالى -: ﴿فَٱتَّبَعُوٓا۟ أَمْرَ فِرْعَوْنَ وَمَآ أَمْرُ فِرْعَوْنَ بِرَشِيدٍ﴾ [هود: ٩٧] نفى الله الرشد عنه من حيث هو في دينه أو ماله؛ فتضافرت كل هذه الآيات على أن الرشد اسم يقع على صلاح الدين والمال؛ فيكون الفاسق غير رشيد؛ فلا يدفع إليه ماله؛ لأن الله - تعالى - شرط الرشد والبلوغ لوجوب دفع المال، هذا من جهة.

ومن جهة أخرى أن ﴿رُشْدًا﴾ في الآية نكرة في سياق الشرط، والنكرة في سياق الشرط كالنكرة في سياق النفي تعم؛ فكان من ظاهر الآية أن المراد من الرشد: الرشد في المال وفي الدين.

ويمكن رد هذين الوجهين:

أما الأول: فإن الرشد في الدين يضاد الغواية فيه مع التسليم أن المنفي عن فرعون هو رشد الدين، ولكن ليس معنى هذا أن الرشد حيث كان فهو دالٌّ على الدين كلا أو بعضًا؛ فإن من استعمالاته أن يكون المراد منه الصلاح في المال مقابلا للفساد فيه، ويجب أن تنزل الآية على هذا؛ فإن الشرط إنما يكون حيث يكون له علاقة خاصة بالمشروط، وهنا وفي هذا الموضع يدور الكلام حول حفظ المال وحسن التصرف فيه، بدون تعرض لأن يكون صالحًا في دينه أو فاسقًا، ويدل لذلك أننا لو أردنا منه رشد المال فقط لاستقام المعنى وأدى الغرض منه، ولو أردنا منه رشد الدين فقط لم يستقم المعنى؛ إذ يكون حينئذ مبذرًا في ماله ولا يستقيم مع التبذير حفظ، فلو أردنا الرشد فيهما كان التأثير للأول لا للثاني؛ بدليل صحة انفراد الأول، وعدم صحة انفراد الثاني.

وأما الوجه الثاني: فإن النكرة تعم في سياق الشرط إذا قصد به العموم أو وصفت

النكرة بوصف عام على ما حققه الكمال بن الهمام[1].

وإذا انتفى الأمران بقى أن تكون من قبيل المطلق، والمطلق لا عموم له فى جميع أفراده شمولا، بل هو يتحقق فى أى فرد، وهذا الفرد هو الرشد فى المال؛ فلم تكن الآية على هذا الوجه دالة على الرشد فى الدين.

ثانيًا: قال: الفاسق فى دينه كالسفيه فى ماله فى أن كلا منهما قد كابر عقله واتبع هواه؛ فوجب الحجر عليه عقوبة له على فسقه، وإذا عوقب من أجل المال بالحجر عليه، عوقب من أجل الدين بالحجر عليه من باب أولى.

وقد يناقش هذا الاستدلال:

١ - بأن الحجر على السفيه لم يكن من أجل العقوبة عليه، وإنما للنظر له فى ماله؛ فالمقصود من الحجر عليه مصلحة المحجور عليه وإصلاحه، فإذا صح عند المستدل أن يكون الحجر عقوبة من أجل دينه، فلم يصح أن يكون بهذا المعنى من أجل ماله.

٢ - أنه قياس مع الفارق؛ لأن المعنى الذى هو فى السفيه من التبذير والإسراف ليس بمتحقق فى الفاسق فى دينه فسقًا لا يتعلق بالمال.

ثالثًا: بأن فساده فى دينه يمنع الثقة به فى حفظ ماله، كما يمنع قبول شهادته؛ ضرورة أن من ضيع دينه فهو لما سواه أضيع.

ويمكن رد هذا بما يلى:

١ - لا يلزم من فساد دينه فساده فى ماله؛ ضرورة أن العدالة لا تشترط فى الدوام؛ فلا تعتبر فى الابتداء، والمعنى فى ذلك: أن الشافعى يقول بالحجر بفسق قارن البلوغ، ولا يقول بالحجر بفسق طرأ على البلوغ، وإذا لم يعتبر الثانى سببًا للحجر؛ وجب ألا يعتبر الأول كذلك.

٢ - لا علاقة بين رد الشهادة مترتبًا على الفسق وبين عدم الثقة به فى ماله مترتبًا على الفسق أيضًا؛ فإنه لا يلزم من كون أحد الأمرين مترتبًا على شىء أن يترتب الأمر الآخر عليه؛ فإن الكافر لا تقبل له شهادة وهو باسم الفسق أولى، فى حين أنه غير محجور عليه، بل لا يلزم من رد الشهادة الفسق فى الدين: كالغافل والناسى ترد

---

(١) ينظر الكمال بن الهمام ١/٣٠٩، ٣١٠ .

شهادتهما ولا فسق فيهما.

أدلة الجمهور:

استدل الجمهور بالمنقول والمعقول:

أما المنقول: فقوله - تعالى -: ﴿فَإِنْ ءَانَسْتُم مِّنْهُمْ رُشْدًا فَادْفَعُوٓا۟ إِلَيْهِمْ أَمْوَٰلَهُمْ﴾ [النساء: ٦].

ووجه الدلالة: أن ﴿رُشْدًا﴾ نكرة فى سياق شرط لم يكن مرادًا منه العموم، ولا هى وصفت بوصف عام فهى فى معرض الإثبات، والنكرة فى معرض الإثبات من قبيل المطلق، والمطلق يصدق بفرد، ومن أفراده صلاح المال، بل هو لا يراد منه فى الآية غيره، ومتى تحقق الشرط وجب دفع المال إليه، واشتراط الرشد فى الدين لا وجه له، ومما يعين على ذلك صدر الآية وهو قوله - تعالى -: ﴿وَٱبْتَلُوا۟ ٱلْيَتَٰمَىٰ﴾ [النساء: ٦] فهو مشعر بأن الابتلاء فى المال لا فى الدين؛ حتى تستقيم تصرفات اليتامى على الوجه المشروع والمعقول؛ فلزم أن يكون الرشد فى قوله - تعالى -: ﴿فَإِنْ ءَانَسْتُم مِّنْهُمْ رُشْدًا﴾ [النساء: ٦] مرادًا منه رشد المال فقط؛ لأن الكلام إنما هو فى الأموال، ولم تعرض الآية من قريب ولا من بعيد للدين.

وأما المعقول: فإن الحجر على السفيه إنما كان خشية إتلاف المال وصرفه فيما لا منفعة فيه ولا مصلحة، وهذا المعنى غير متحقق فى الفاسق فى دينه[1].

قال المصنف - رحمه الله تعالى -:

ولا يعاد عليه الحجر بالتبذير إلا بالحاكم؛ لأن عليًا - كرم الله وجهه - أتى عثمان - رضى الله عنه - وسأله أن يحجر على عبد الله بن جعفر.

ولأن العلم بالتبذير يحتاج إلى نظر، فإن الغبن قد يكون تبذيرًا، وقد يكون غير تبذير، ولأن الحجر للتبذير مختلف فيه، فلا يجوز إلا بالحاكم، فإذا حجر عليه، لم ينظر فى ماله إلا الحاكم؛ لأنه حجر ثبت بالحاكم، فصار هو الناظر؛ كالحجر على المفلس.

(الشرح) **الأحكام**: اتفق القائلون بالحجر بسبب السفه على أن السفيه محجور عليه، ولكنهم اختلفوا فيمن يلى أمر الحجر عليه:

---

(١) ينظر نظام الحجر فى الشريعة لسليمان عثمان.

فذهب الشافعية والمالكية والحنابلة وأبو يوسف من الحنفية، إلى أن السفيه لا يحجر عليه إلا بقضاء القاضى.

ولكن خصه الشافعية والمالكية فيما إذا طرأ السفه بعد البلوغ، أما السفه المقارن للبلوغ، فوليه فى الصغر وليه فى هذه الحالة.

وذهب محمد بن الحسن من الحنفية، وابن القاسم من المالكية، وبعض الخراسانيين من الشافعية إلى أن السفيه منحجر عليه بنفس السفه.

واستدل الفريق الأول بأوجه:

الأول: أن الحجر على السفيه لمعنى النظر له، والحجر عليه وإن كان فيه نظر له ومصلحة، ففيه ضرر يلحقه، وهو إهدار قوله فى التصرفات، ولا يفصل فى ذلك إلا القاضى؛ فلزم ألا يثبت الحجر عليه إلا بالقضاء.

الثانى: أن الحجر بالسفه مختلف فيه بين الفقهاء، والذى يرفع الخلاف هو حكم القاضى.

الثالث: أن التبذير يختلف فى نفسه ويتفاوت، فوق أنه مختلف فيه بين الفقهاء؛ فيفتقر إلى الاجتهاد؛ فلا يثبت إلا بقضاء القاضى.

الرابع: قول على: «لآتين عثمان ولأسألنه أن يحجر على عبد الله»، ولو كان السفيه منحجرًا بالسفه بدون حكم من الحاكم لحجر عليه بدون سؤال عثمان[1].

واستدل الفريق الثانى بوجهين:

الأول: بما روى أن النبى ﷺ رد عتق من أعتق عبده ولا مال له غيره[2].

ووجه الدلالة: أن هذا التصرف بالعتق كان قبل الحجر عليه منه؛ فدل على أن السفيه منحجر عليه بنفس السفه؛ ضرورة أن المعتق حين أعتق لم يكن محجورًا عليه من الحاكم.

وقد يقال: إن رد الرسول ﷺ لعتقه إهدار لتصرفه، فالرسول - عليه السلام - لم يكن مقررًا للحجر بل منشئًا له، على أننا لو سلمنا أن الرسول كان مقررًا للحجر لم يفد هذا الدليل محمد بن الحسن؛ لأنه يقول بنفاذ عتق السفيه.

---

(١) ينظر نظام الحجر فى الشريعة لسليمان عثمان .

(٢) تقدم .

الثاني: أن الحجر بالسفه كالحجر بالصغر والجنون والرق، وهو بهذه الأسباب لا يحتاج إلى القاضى؛ فكذلك بالسفه.

وقد يجاب بأن فى السفيه معنى لم يكن فى غيره:

أما الرقيق: فالحجر عليه إنما هو لحق السيد، وفوق هذا ليس أهلا للملك عندكم، بخلاف السفيه؛ فإنه أهل للملك، فإن تصرف السفيه فقد تصرف فى خالص ملكه، على أن السفيه أهل للخطاب؛ فباين بذلك الصغير والمجنون.

وزيادة على ذلك: الصغر والجنون والرق أمور معروفة لكل الناس، بخلاف السفه والتبذير فإنه مختلف فيه؛ فمن هذا يتبين أنه قياس مع الفارق[1].

قال المصنف - رحمه الله تعالى -:

ويستحب أن يشهد على الحجر، ليعلم الناس بحاله، وأن من عامله ضيع ماله، فإن أقرضه رجل مالًا، أو باع منه متاعًا؛ لم يملكه؛ لأنه محجور عليه لعدم الرشد فلم يملك بالبيع والقرض؛ كالصبى والمجنون.

فإن كانت العين باقيةً ردت، وإن كانت تالفةً، لم يجب ضمانها؛ لأن المالك إن علم بحاله، فقد دخل على بصيرة، وإن ماله ضائع، وإن لم يعلم، فقد فرط حين ترك الاستظهار، ودخل فى معاملته على غير معرفة.

وإن غصب مالًا، وأتلفه؛ وجب عليه ضمانه؛ لأن حجر العبد والصبى آكد من حجره، ثم حجر العبد والصبى لا يمنع من وجوب ضمان المتلف، فلئلا يمنع حجر المبذر أولى، فإن أودعه مالًا، فأتلفه؛ ففيه وجهان:

أحدهما: أنه لا يجب (عليه) ضمانه؛ لأنه (قد) فرط فى التسليم إليه.

والثانى: يجب ضمانه؛ لأنه لم يرض بالإتلاف، فإن أقر بمال، لم يقبل إقراره؛ لأنه حجر عليه لحظه، فلا يصح إقراره بالمال؛ كالصبى، ولأنا لو قلنا: يصح إقراره، توصل بالإقرار إلى إبطال معنى الحجر، وما لا يلزمه بالإقرار والابتياع، لا يلزمه إذا فك عنه الحجر؛ لأنا أسقطنا حكم الإقرار والابتياع؛ لحفظ المال.

فلو قلنا: إنه يلزمه إذا فك عنه الحجر؛ لم يؤثر الحجر فى حفظ المال.

وإن طلق امرأته؛ صح الطلاق؛ لأن الحجر لحفظ المال، والطلاق لا يضيع

---

(١) ينظر نظام الحجر فى الشريعة لسليمان عثمان .

المال، بل يتوفر المال عليه.

وإن خالع؛ جاز؛ لأنه إذا صح الطلاق بغير مال، فلأن يصح بالمال أولى.

ولا يجوز للمرأة أن تدفع إليه المال فإن دفعته؛ لم يصح القبض، ولم تبرأ المرأة منه، فإن تلف كان ذلك من ضمانها.

(الشرح) قوله: «على بصيرة» البصيرة هاهنا: الاستبصار، أى: على علم وأمر يبصره. والبصيرة فى غير هذا: الحجة ﴿بَلِ ٱلْإِنسَٰنُ عَلَىٰ نَفْسِهِۦ بَصِيرَةٌ﴾[1] [القيامة: ١٤] أى: هو حجة على نفسه.

قوله: «الاستظهار»: ذكر صاحب اللسان للاستظهار ثلاثة معان:

أولًا: أن يكون بمعنى: الاستعانة، أى طلب العون. قال: «استظهر به أى استعانه، وظهرت عليه: أعنته، وظاهر فلانًا: أعانه». وقال أيضًا: «استظهره: استعانه»، وعلى هذا يكون الفعل مما يتعدى بنفسه وبالباء.

ثانيًا: يكون بمعنى القراءة عن ظهر قلب، قال: «قرأت القرآن عن ظهر قلبى أى: قرأته من حفظى، وقد قرأه ظاهرًا، واستظهره: أى حفظه وقرأه ظاهرًا»[2].

وفى القاموس: «استظهره: قرأه من ظهر القلب، أى: حفظًا بلا كتاب».

ثالثًا: ويكون بمعنى الاحتياط والاستيثاق وهو المراد هنا.

الأحكام: إذا باع أو اشترى بعد الحجر كان ذلك باطلا، فإن حصل فى يد غيره مال استرجعه الحاكم إن كان باقيًا، واسترجع بدله إن كان تالفًا.

وإن حصل بيده مال لغيره ببيع أو غيره، استرده الحاكم منه ورده على مالكه.

وإن باعه غيره شيئًا أو أقرضه إياه، ثم تلف فى يده أو أتلفه، فإنه لا يجب عليه ضمانه، سواء علم بحجره أو لم يعلم؛ لأنه إن علم بحجره فقد دخل على بصيرة، وإن لم يعلم فقد فرط حيث باع ممن لا يعلم حاله، ولا يلزمه إذا فك عنه الحجر؛ لأن الحجر عليه لحفظ ماله، فلو ألزمناه ذلك بعد الحجر لبطل معنى الحجر، وهذا فى ظاهر الحكم.

وهل يلزمه ضمان فيما بينه وبين الله تعالى؟ فيه وجهان، حكاهما فى الإفصاح:

---

(١) ينظر: معانى الفراء (٣/ ٢١١)، وتفسير غريب القرآن (٥٠٠).

(٢) ينظر اللسان (ظهر).

أحدهما: يلزمه ذلك، وبه قال الصيدلانى؛ لأن الحجر لا يبيح له مال غيره.

والثانى: لا يلزمه، قال فى الإفصاح: وهو الأصح.

وإن غصب من غيره عينًا فتلفت فى يده أو أتلفها فى يده أو فى يد مالكها وجب عليه ضمانها؛ لأن السفيه أحسن حالا من الصبى والمجنون؛ لأنه مكلف، ثم ثبت أن الصبى والمجنون إذا أتلفا على غيرهما مالا وجب عليهما الضمان؛ فكذلك هذا مثله.

وإن أودعه رجل عينًا فأتلفها، فهل يجب عليه الضمان؟ فيه وجهان:

أحدهما: لا يجب عليه ضمانها؛ لأن صاحبها عرضها للإتلاف بتسليمها إليه.

والثانى: يجب عليه الضمان؛ لأن مالكها لم يرض بإتلافها؛ فأشبه إذا غصبه إياها.

وإن تلفت فى يده من غير تفريط لم يلزمه ضمانها؛ لأن غير المحجور عليه لا يلزمه ذلك فالمحجور عليه أولى.

وإن أقر لغيره بعين فى يده أو دين فى ذمته لم يلزمه ذلك فى الحال، ولا بعد فك الحجر؛ لأنا لو قبلنا إقراره لبطلت فائدة الحجر، والحجر يقتضى حفظ ماله.

فرع: وإن طلق السفيه أو خالع صح طلاقه وخلعه، إلا أن المرأة لا تسلم المال إليه، بل تسلمه إلى وليه، فإن سلمته إليه فتلف فى يده أو أتلفه وجب عليها الضمان كما قلنا فى البيع.

ولو أذن ولى السفيه للمرأة بتسليم المال إلى السفيه فسلمته إليه، فهل تبرأ؟ فيه وجهان:

أحدهما: تبرأ؛ كما لو سلمت المرأة المال إلى العبد بإذن سيده.

والثانى: لا تبرأ؛ لأنه ليس من أهل القبض، هذا مذهبنا، وبه قال عامة أهل العلم.

وقال ابن أبى ليلى والنَّخَعى وأبو يوسف: لا يصح طلاقه وخلعه.

دليلنا: قوله - تعالى -: ﴿ٱلطَّلَٰقُ مَرَّتَانِۖ فَإِمۡسَاكُۢ بِمَعۡرُوفٍ أَوۡ تَسۡرِيحُۢ بِإِحۡسَٰنٖۗ﴾ [البقرة: ٢٢٩]، ولم يفرق بين السفيه وغيره.

ولأنه يستفيد بالطلاق؛ فإنه إن كان قبل الدخول رجع إليه نصف المهر، وإن كان بعد الدخول سقطت عنه النفقة والكسوة والمصالح، ويحصل ذلك له بالخلع وما بذلت له.

قال المصنف - رحمه الله تعالى -:

وإن تزوج من غير إذن الولي، فالنكاح باطل؛ لأنه يجب به المال، فإذا صححنا من غير إذن الولي؛ تزوج من غير حاجة؛ فيؤدى إلى إتلاف المال.

فإن تزوج بإذنه صح؛ لأن الولي لا يأذن إلا في موضع الحاجة، فلا يؤدى (ذلك) إلى إتلاف ماله، فإن باع بإذنه، ففيه وجهان:

أحدهما: يصح؛ لأنه عقد معاوضة فملكه بالإذن؛ كالنكاح.

والثاني: لا يصح؛ لأن القصد منه المال، وهو محجور عليه في المال.

فإن حلف؛ انعقدت يمينه، فإذا حنث؛ كفر بالصوم؛ لأنه مكلف ممنوع من التصرف بالمال، فصحت يمينه وكفر بالصوم؛ كالعبد.

وإن أحرم بالحج؛ صح إحرامه؛ لأنه من أهل العبادات.

فإن كان فرضًا لم يمنع من إتمامه، ويجب الإنفاق عليه إلى أن يفرغ منه؛ لأنه مال يحتاج إليه لأداء الفرض، فوجب.

وإن كان تطوعًا، فإن كان ما يحتاج إليه في الحج لا يزيد على نفقته، لزمه إتمامه، وإن كان يزيد على نفقته، فإن كان له كسب إذا أضيف إلى النفقة أمكنه الحج؛ لزمه إتمامه، وإن لم يمكنه حلله الولي من الإحرام، ويصير كالمحصر.

ويتحلل بالصوم دون الهدى؛ لأنه محجور عليه في المال، فتحلل بالصوم دون الهدى.

كالعبد، وإن أقر بنسب، ثبت النسب؛ لأنه حق ليس بمال، فقبل إقراره به، كالحد.

وينفق على الولد من بيت المال؛ لأن المقر محجور عليه في المال، فلا ينفق عليه من المال؛ كالعبد.

وإن وجب له القصاص، فله أن يقتص ويعفو؛ لأن القصد منه التشفي، ودرك الغيظ، فإن عفا على مال، وجب المال، وإن عفا مطلقًا، أو عفا على غير مال:

فإن قلنا: إن القتل يوجب أحد الأمرين من القصاص، أو الدية؛ وجبت الدية، ولم يصح عفوه عنها.

وإن قلنا: إنه لا يوجب غير القصاص، سقط (القصاص) ولم يجب المال.

(الشرح) الأحكام: ولا يصح نكاحه بغير إذن الولي؛ لأن النكاح يتضمن

وجوب المال؛ فلم يصح بغير إذن الولى.

وإن احتاج إلى النكاح فالولى بالخيار إن شاء زوجه بنفسه وتولى العقد، وإن شاء أذن له ليعقد بنفسه؛ لأنه عاقل مكلف، وإنما حجر عليه لحفظ ماله بخلاف الصبى.

وهل له أن يأذن له فى النكاح مطلقًا، أو يفتقر إلى تعيين المرأة أو تقدير المهر؟ فيه وجهان:

أحدهما: يجوز أن يأذن له مطلقًا؛ كما يجوز للسيد أن يُطْلِقَ الإذن لعبده فى ذلك.

والثانى: لا يجوز حتى يعين له المرأة أو القبيلة، أو المهر؛ لأنه ربما تزوج بامرأة شريفة يستغرق مهرها ماله، بخلاف العبد؛ فإنه لا يتزوج الشريفة.

وأيضًا: فإن المهر فى كسبه؛ فلا يؤدى إلى إخراج شىء من مال السيد.

وإن تزوج السفيه بغير إذن الولى، ودخل بها، فما الذى يلزمه؟ قال المسعودى: فيه ثلاثة أقوال:

أحدها: لا يلزمه شىء؛ كما لو اشترى شيئًا بغير إذن وليه وأتلفه.

والثانى: يلزمه مهر المثل؛ كما لو جنى على غيره.

والثالث: يلزمه أقل شىء يستباح به البضع؛ لأن البضع يستباح بالإباحة.

وأما البغداديون من أصحابنا فقالوا: هى على وجهين:

أحدهما: لا يلزمه شىء.

والثانى: يلزمه مهر المثل.

فرع: وإن أذن له الولى فى البيع والشراء، فباع أو اشترى، فهل يصح؟ فيه وجهان:

أحدهما: يصح؛ كما يصح النكاح إذا أذن له فيه.

والثانى: لا يصح؛ لأن البيع والشراء يختلف حكمه ساعة فساعة؛ لأنه قد يزيد سعر السوق وينقص؛ فافتقر إلى عقد الولى، ولأن البيع والشراء يتضمن المال لا غير، وهو محجور عليه فى المال، بخلاف النكاح.

فرع: وإن حلف انعقدت يمينه، فإن حنث كفَّر بالصوم، ولا يكفر بالمال؛ لأنه محجور عليه فى المال.

وإن أحرم بالحج، صح بإحرامه؛ لأنه من أهل التكليف، فإن كان فرضًا لم يمنع

من إتمامه، وأنفق عليه من ماله ما يحتاج إليه.

وإن كان متطوعًا: فإن كانت نفقته على إتمامه لا تزيد على نفقة الحضر، لم يجز تحليله، وإن كانت تزيد على نفقة الحضر: فإن كان له كسب وقال: أنا أتمم النفقة بالكسب، لم يحلل، وإن لم يكن له كسب حلله الولى، ويصير كالمحصر، فيحل بالصوم دون الهدى؛ لأنه محجور عليه فى المال.

فرع: وإن أقر بنسب يلحقه فى الظاهر ثبت النسب؛ لأن ذلك لا يتضمن إتلاف مال.

وإن أقر بنسب من يلزمه نفقته لم ينفق عليه من ماله، بل ينفق عليه من بيت المال.

وإن وجب له القصاص، فله أن يقتص؛ لأن القصد منه التشفى، وإن عفا عنه على مال كان له، وإن عفا مطلقًا أو على غير مال: فإن قلنا: إن الواجب القصاص لا غير، صح عفوه. وإن قلنا: إن الواجب أحد أمرين، لم يصح عفوه عن المال.

وإن أقر بجناية العمد، صح إقراره؛ لأنه غير متهم فى ذلك، فإن أراد المقر له العفو على المال، قال الطبرى: فإن قلنا: إن موجب العمد القود، لم يكن له؛ لأن الذى ثبت بإقراره هو القتل والقطع دون المال، وإن قلنا: إن موجبه أحد الأمرين، فهل يثبت؟ اختلف أصحابنا فيه:

فمنهم من قال: فيه قولان كالعبد إذا أقر بالسرقة فإنه يقبل فى القطع، وهل يقبل فى المال؟ فيه قولان.

ومنهم من قال: له أخذ المال قولا واحدًا؛ لأن الواجب أحدهما لا بعينه، وكل واحد منهما بدل عن الآخر، وتعلقهما بسبب واحد، وأما السرقة ففيها حكمان: أحدهما القطع لله تعالى، والآخر للآدمى؛ فجاز ثبوت أحدهما دون الآخر؛ ولهذا لو شهد رجل وامرأتان على السرقة ثبت المال دون القطع، ولو شهدا على القطع لم يثبت.

مسألة: إذا أعتق السفيه رقيقًا فقد ذهب الشافعية والمالكية وأحمد فى رواية عنه أنه ليس له ذلك.

وذهب أبو يوسف ومحمد إلى أن له ذلك.

والأصل عندهما: أن كل تصرف يؤثر فيه الهزل يؤثر فيه الحجر، والعتق لا يؤثر

فيه الهزل فلا يؤثر فيه الحجر؛ من حيث إن الهازل يخرج كلامه على نهج كلام العقلاء لاتباع الهوى ومكابرة العقل لا لنقصان فى عقله؛ فكذلك السفيه.

واستدلا على أن العتق لا يؤثر فيه الهزل بما روى عن النبى ﷺ «ثَلَاثٌ جِدُّهُنَّ جَدٌّ وَهَزْلُهُنَّ جِدٌّ النِّكَاحُ وَالطَّلَاقُ وَالعِتْقُ»[1] فأنت ترى أن العتق لا يؤثر فيه الهزل كما

---

(١) أخرجه الطبرانى فى الكبير ١٨/ ٣٠٤ (٧٨٠) من حديث فضالة بن عبيد بلفظ: «ثلاث لا يجوز اللعب فيهن الطلاق والنكاح والعتق» وذكره الهيثمى فى مجمع الزوائد ٤/ ٣٣٨ وقال: رواه الطبرانى وفيه ابن لهيعة وحديثه حسن وبقية رجاله رجال الصحيح.

وفى الباب عن أبى هريرة وعبادة بن الصامت والحسن مرسلا أخرجه أبو داود ١/ ٦٦٦ كتاب الطلاق باب فى الطلاق على الهزل (٢١٩٤) والترمذى ٣/ ٤٩٠ كتاب الطلاق باب ما جاء فى الجد والهزل فى الطلاق (١١٨٤) وابن ماجه ١/ ٦٥٧ كتاب الطلاق باب من طلق أو نكح أو راجع لاعبا (٢٠٣٩) وسعيد بن منصور فى السنن باب الطلاق لا رجوع فيه (١٦٠٣) والطحاوى فى شرح المعانى ٣/ ٩٨ والدارقطنى ٣/ ٢٥٦، ٢٥٧ باب المهر ٤٥، ٤٧، ٤/ ١٨، ١٩ كتاب الطلاق ٥٠، ٥١ والحاكم ٢/ ١٩٨ وقال الحاكم: صحيح الإسناد وعبد الرحمن بن حبيب هذا هو ابن أردك من ثقات المدنيين. وتعقبه الذهبى بقوله فى عبد الرحمن هذا: «فيه لين» والبغوى فى شرح السنة ٥/ ١٦١ (٢٣٤٩) كلهم من طريق عبد الرحمن بن أردك عن عطاء بن أبى رباح عن يوسف بن ماهك عن أبى هريرة.

وعبد الرحمن بن أردك سبق كلام الحاكم والذهبى فيه وقال الحافظ فى التقريب ١/ ٤٧٦: «لين الحديث» وللحديث شواهد ذكرها الزيلعى فى «نصبة الراية» والألبانى فى «الإرواء» منها:

- أولا: ما رواه الحارث بن أبى أسامة فى «مسنده» قال: حدثنا بشر بن عمر: ثنا ابن لهيعة عن عبيد الله بن أبى جعفر عن عبادة بن الصامت أن رسول ﷺ الله قال: لا يجوز اللعب فى ثلاث: الطلاق والنكاح والعتاق، فمن قالهن فقد وجبن»

وقد أعله الألبانى فى الإرواء ٦/ ٢٢٦ بعلتين:

الأولى: الانقطاع بين عبيد الله بن جعفر وعبادة بن الصامت

الثانية: ضعف عبد الله بْن لهيعة.

قال الحافظ فى التقريب (١/ ٤٤٤): «صدوق، من السابعة، خلط بعد احتراق كتبه ورواية ابن المبارك وابن وهب عنه أعدل من غيرها».

ثانيا: ما رواه ابن أبى شيبة فى المصنف وابن أبى حاتم فى تفسيره وابن جرير ٢/ ٤٩٦ (٤٩٢٦) عن الحسن مرسلا: كان الرجل فى الجاهلية يطلق، ثم يراجع، يقول: كنت لاعبا، ويعتق ثم يراجع، ويقول: كنت لاعبا، فأنزل الله تعالى ﴿ولا تتخذوا آيات الله هزوا﴾ فقال رسول الله ﷺ: «من طلق أو حرر، أو أنكح فقال: إنى كنت لاعبا فهو جائز» قال الألبانى فى الإرواء: «وهذا مرسل صحيح الإسناد إلى الحسن وهو البصرى» وقال (٦/ ٢٢٨): «والذى يتلخص عندى مما سبق أن الحديث حسن بمجموع طريق أبى هريرة الأولى التى حسنها الترمذى وطريق الحسن البصرى المرسلة وقد يزداد قوة بحديث عبادة بن الصامت والآثار المذكورة عن الصحابة؛ فإنها - ولو لم يتبين لنا ثبوتها =

ورد عن الرسول؛ فلا يؤثر فيه الحجر.

وما ذهب إليه الصاحبان من أن العتق لا يؤثر فيه الهزل يشكل عليه:

١ - إذا حنث السفيه فى يمين حلفها فكفر بالعتق، أو نذر هديا فمنعه القاضى من ذلك لم ينفذ عتقه، فهذا مما لم يؤثر فيه الهزل، وقد أثر فيه الحجر.

٢ - أن الهازل غير السفيه إذا أعتق عبده صح عتقه ونفذ ولا سعاية على العبد، بخلاف السفيه؛ فإنه إذا أعتق عبده عتق، ووجبت عليه السعاية؛ فاستبان بهذا أن الهزل لم يؤثر فى وجوب السعاية، وقد أثر فى وجوبها الحجر.

واستدل المالكية ومن وافقهم على أن عتق السفيه غير نافذ بأن العتق تصرف مالى ومحض تبرع؛ فهو ممنوع منه كالهبة والصدقة، وما دام محجورًا عليه فهو لا يصح عتقه كالصبى والمجنون.

واستدل أبو يوسف ومحمد على نفاذ عتق السفيه بأنه تصرف مالى صدر من مكلف مالك تام الملك؛ فلا شىء يمنع نفاذه كعتق الراهن والمفلس، وإذا صح منهما وقد حجر عليهما لحق الغير، فأولى أن يصح من السفيه، وقد حجر عليه لحق نفسه.

ويمكن أن يقال فيه: إنه قد فارق المفلس والرهن فإن الراهن؛ قد حجر عليه لحق المرتهن، والمدين قد حجر عليه لحق الغرماء، بخلاف السفيه؛ فإنه محجور عليه لحق نفسه صونًا لماله وحفظًا له من الضياع، والعتق مما يحقق إتلاف المال وضياعه؛ فوجب عدم نفاذه من السفيه.

فاستبان بهذا رجحان مذهب المالكية ومن وافقهم؛ لأنه يحقق الثمرة المرجوة من الحجر على السفيه، وهى المحافظة على ماله وصونه، على أنه ليس هناك فرق بين العتق والهبة والكل تبرع محض.

فإن اعتلا بأن العتق ليس كغيره؛ فإن الشارع مرغب فيه متشوف إليه.

قلنا: إن الصدقة قد حث الله عليها ورغب فيها فى كثير من آى الذكر الحكيم؛ فالفرق تحكم[1].

= عنهم عن كل واحد منهم - تدل على أن معنى الحديث كان معروفًا عندهم» .

(١) ينظر نظام الحجر فى الشريعة لسليمان عثمان .

مسألة: وإن دبر السفيه فاختلف أصحابنا فيه:

فمنهم من قال: فيه قولان كالصبى، ومنهم من قال: يصح قولا واحدًا، قال الطبرى: وهو الصحيح؛ لأن الصغير لا حكم لقوله، ولا يصح شىء من إقراره، بخلاف السفيه؛ فإنه يصح إقراره بالنسب.

وذهب الحنفية والحنابلة إلى أن تدبير السفيه صحيح؛ لأنه إنما ينفذ من ماله بعد موته واستغنائه عن المال.

واختلفت كلمة المالكية فيه: فذهب عبد الملك إلى أن العبد المدبر إن كان كثير الثمن لم يجز تدبيره، وإن قل جاز.

وإنما منع الأول؛ لأن إتلاف المال متحقق فيه، وهو إنما حجر عليه للمحافظة عليه، ولكن القليل من ذلك غير متلف؛ فكان الأول ممنوعًا والثانى جائزًا.

وقال أشهب: كل ذلك لا يجوز، كثر الثمن أو قل، والوجه فى ذلك أن التدبير من العقود اللازمة كالبيع والشراء.

وقال ابن القاسم: له التدبير فى المرض، فإذا صح من مرضه بطل؛ وذلك أن ابن القاسم يرى أن له حكم الوصية، فإن مات ووسعه الثلث نفذ، وإن صح من مرضه بطل؛ لأنه عقد لازم ولا تلزمه هذه العقود[1].

مسألة: اختلف الفقهاء فى مكاتبة السفيه تبعًا لاختلافهم فى الكتابة، هل هى بيع أو عتق؟

فعلى أنها بيع قال الشافعية والحنابلة: لا تصح منه، أذن الولى أم لم يأذن.

وقال المالكية والصاحبان: إنها موقوفة على إذن الولى.

أما على القول بأنها عتق، فإن الخلاف السابق فى عتق السفيه يجرى هاهنا.

مسألة: اتفق الفقهاء جميعًا على صحة وصية السفيه، غير أن المالكية شرطوا لصحتها ألا يخلِّط فيها، وفسر اللخمى عدم التخليط بالإيصاء بما فيه قربة أو صلة رحم، وفسر أبو عمر التخليط بأن يذكر فى كلامه ما يبين عدم معرفته بما ابتدأ به.

وقال المالكية تصح من الصبى؛ فتصح من السفيه بل هو أولى.

وقال الحنفية: القياس يقدح والاستحسان يصحح: وذلك أن القياس يقضى بعدم

---

(١) ينظر الباجى على الموطأ (٦/١٥٦)، ونظام الحجر فى الشريعة .

الصحة؛ لأنها تبرع وهو ممنوع منه، وأما الاستحسان فإنه يقتضى الصحة؛ فإن ما وافق الحق وما يتقرب به إلى الله تعالى، ولم يكن فى ذلك سرف، ولم يستقبحه المسلمون - ينفذ ذلك كله من ثلث ماله؛ لأن الحجر عليه لمعنى النظر له حتى لا يتلف ماله فيبتلى بالفقر، وهذا المعنى لا يوجد فى وصاياه؛ لأن أوان وجوبها بعد موته وبعد الاستغناء عن المال فى أمر دنياه.

مسألة: وقد اتفق الفقهاء على صحة عتق أم ولد السفيه؛ لأنه ليس له فيها إلا يسير الخدمة والاستمتاع، غير أن المالكية اختلفوا فى مالها على ثلاثة أقوال:

الأول: يتبعها مالها قل أو كثر؛ لأنه ليس للمعتق شىء فيه.

والثانى: لا يتبعها مطلقًا؛ لأنها غير مالكة له.

والثالث: يتبعها القليل دون الكثير؛ لأن العادة جرت بالتسامح[١].

مسألة فى زوال الحجر عن السفيه: اتفقت كلمة العلماء على أنه إذا تغير حال السفيه من فساد إلى إصلاح، وأصبح يحسن التصرف فى ماله كسائر الناس فإنه يعتبر حينئذ رشيدًا؛ ولكنهم اختلفوا بعد ذلك: هل الرشد وحده كاف فى رفع الحجر عنه وتسليم المال إليه، أو لا بد معه من حكم حاكم؟

فذهب الشافعية والحنابلة والمالكية - ما عدا ابن القاسم منهم - وأبو يوسف من الحنفية: إلى أنه لا بد من حكم حاكم، واحتجوا بأن الرشد وصف غير معروف لكل الناس فلا بد من حكم حاكم حتى ينكشف حاله، ويسكن الناس إلى معاملة أولئك الذين قاطعوهم ردحًا من الزمن قد يكون غير قصير.

ثم من شأن الحاكم أن يقلب الأمر على وجوهه فلا يصدر الحكم إلا عن بينة من علم حتى إذا تعامل الناس معه تعاملوا مع رشيد معتدل لا سفيه مبذر[٢].

وذهب محمد بن الحسن من الحنفية وابن القاسم من المالكية إلى أن الرشد وحده كاف فى رفع الحجر عنه وتسليم المال إليه، وحجتهم فى ذلك: أن الحجر يزول عنه بمجرد الرشد كما ثبت عليه لعدم الرشد؛ فكل تصرف وقع من السفيه بعد تبين الرشد منه وقبل حكم الحاكم بزوال الحجر نافذ.

---

(١) ينظر نظام الحجر فى الشريعة.

(٢) ينظر المغنى (٤/ ٥٢٥)، ومنح الجليل (٣/ ١٧٣)، والمبسوط (٢٤/ ١٦١)، وفتح العزيز (١٠/ ٢٨٤)، والمنهاج (٢/ ٢٨٥)، ونظام الحجر فى الشريعة.

ولأن الحجر على السفيه إنما كان لمعنى النظر له؛ صونًا لماله وحفظًا عليه من الضياع والتلف، فإذا هو قد رشد فقد زال المعنى الذى من أجله حجر عليه، وشيء ثبت بنفسه يزول كذلك بنفسه؛ ألا ترى أن المجنون محجور عليه ما دام مجنونًا، وينفك الحجر عنه بالإفاقة بدون حكم حاكم؟![(١)].

مسألة: إذا كان الرجل يغبن فى البياعات؛ لسلامة نيته بدون قصد أو إتلاف مال أو تبذير - فإن هذه الغفلة تصبح سببًا يجيز الحجر عليه، وقد ذهب إلى هذا الشافعى ومالك وأحمد وأبو يوسف ومحمد.

وقال أبو حنيفة: لا يحجر عليه.

وقد تعلق كل بحديث حبان بن منقذ الأنصارى، وهو على ما رواه الدارقطنى قال: كان حبان بن منقذ رجلا ضعيفًا ضرير البصر، وكان قد سفع فى رأسه مأمومة فى يوم أحد؛ فجعل رسول الله ﷺ له الخيار ثلاثة أيام، وكان قد ثقل لسانه، فكنت أسمعه يقول: «لا خذابة لا خذابة» أى: لا خلابة لا خلابة، فأتى أهله النبى ﷺ وقالوا: يا رسول الله، احجر عليه؛ فإنه يبتاع وفى عقله ضعف، فدعاه النبى ﷺ ونهاه عن البيع، فقال: يا رسول الله، إنى لا أصبر عن البيع ساعة، فقال النبى ﷺ: «إن كُنْتَ غَيْرَ تَارِكٍ البَيْعَ فَقُلْ: هَاءً وَهَاءً ولا خُلَابَةَ»[(٢)].

---

(١) ينظر نظام الحجر فى الشريعة .

(٢) أخرجه ابن الجارود فى المنتقى ص (١٩٧) باب فى التجارات، الحديث (٥٦٧) والدارقطنى فى السنن (٣/ ٥٤ - ٥٥) كتاب: البيوع، الحديث (٢١٧)، والحاكم فى المستدرك (٢/ ٢٢) كتاب: البيوع، باب: ما من عبد كانت له نية فى أداء دينه، والبيهقى فى السنن الكبرى (٥/ ٢٧٣) كتاب: البيوع، باب: الدليل على ألا يجوز شرط الخيار من طريق محمد بن إسحاق عن نافع عن ابن عمر «أن حبان بن منقد كان سفع فى رأسه مأمومة فثقلت لسانه وكان يخدع فى البيع، فجعل رسول الله ﷺ مما ابتاع فهو بالخيار ثلاثًا، وقال له رسول الله ﷺ: بع وقل لا خلابة، فسمعته يقول: لا خدابة لا خدابة» لفظ ابن الجارود .

وأخرجه الحميدى فى مسنده (٢/ ٢٩٢ - ٢٩٣) قال: حدثنا سفيان عن محمد بن إسحاق عن نافع عن ابن عمر: «أن منقذًا سفع فى رأسه فى الجاهلية مأمومة فخبلت لسانه، فكان إذا باع يخدع فى البيع، فقال له رسول الله ﷺ: بايع وقل لا خلابة، ثم أنت بالخيار ثلاثًا» الحديث وله طريق آخر .

وأخرجه البخارى فى التاريخ الكبير والصغير كما فى تلخيص الحبير (٣/ ٢١)، وابن ماجه (٢/ ٧٨٩) كتاب: الأحكام، باب: الحجر على من يفسد ماله، حديث (٢٣٥٥)، والدارقطنى (٣/ ٥٥) كتاب: البيوع، حديث (٢٢٠)، والبيهقى (٥/ ٢٧٣) كتاب: =

قال الجمهور: إن هذا الرجل كان يغبن فى البياعات فيشترى بالثمن الكثير ما يشتريه غيره بالثمن القليل، وما من شك فى أن رجلا كذلك يسرف وإن كان لا يقصد ولا يبذر، وإن كان لا يشعر كان لزامًا على أهله أن يطلبوا الحجر عليه، ولو كان الحجر بهذا السبب غير مشروع لما طلبوه، ولو طلبوه وهو غير مشروع؛ لأنكره الرسول ﷺ ولكنه لم ينكره، ولو كان لنقل إلينا؛ لأن مثله لا يترك، ولم ينقل.

وقال أبو حنيفة: لو كان الحجر بهذا السبب مشروعًا لأجابهم الرسول ﷺ إلى ما طلبوا، ولكنه لم يحجبهم إليه، بل جعل له مخلصًا آخر هو الخيار ثلاثة أيام؛ فالحديث يكاد يكون صريحًا فى عدم الحجر بهذا السبب.

وقال الجمهور: إن ترك الحجر عليه إنما كان خصوصية له؛ لأن من يخدع فى

= البيوع، باب: الدليل على ألا يجوز شرط الخيار .

من طريق محمد بن إسحاق قال: حدثنى محمد بن يحيى بن حبان قال: «كان جدى منقذ بن عمرو أصابته آمّة فى رأسه فكسرت لسانه، ونازعت عقله، وكان لا يدع التجارة ولا يزال يغبن، فذكر ذلك لرسول الله ﷺ فقال: إن بعت فقل: لا خلابة، وأنت فى كل سلعة ابتعتها بالخيار ثلاث ليال، وعاش ثلاثين ومائة سنة، وكان فى زمن عثمان حين كثر الناس يبتاع فى السوق، فيغبن فيصير إلى أهله، فيلومونه فيرده ويقول: إن النبى ﷺ جعلنى بالخيار ثلاثا، حتى يمر الرجل من أصحاب النبى ﷺ فيقول: صدق» .

وقد أعل الزيلعى فى نصب الراية (٤/ ٧) هذا الطريق بالإرسال .

أما البوصيرى فقال فى الزوائد (٢/ ٢٢٦): هذا إسناد ضعيف لتدليس ابن إسحاق ا. هـ.

وهذا فيه نظر فقد صرح ابن إسحاق بالتحديث فى روايات أخرى .

وله طريق آخر أخرجه الدارقطنى (٣/ ٥٤) الحديث (٢١٦)، والطبرانى فى الأوسط كما فى نصب الراية (٤/ ٨) من طريق ابن لهيعة ثنا حبان بن واسع عن طلحة بن يزيد بن ركانة «أنه كلم عمر بن الخطاب فى البيوع قال: ما أجد لكم شيئًا أوسع مما جعل رسول الله ﷺ لحبان بن منقذ، إنه كان ضرير البصر، فجعل له رسول الله ﷺ عهدة ثلاثة أيام، إن رضى أخذ، وإن سخط ترك» .

وفى الباب عن أنس أخرجه أحمد فى المسند (٣/ ٢١٧) فى مسند أنس بن مالك رضى الله عنه، وأبو داود (٣/ ٧٦٧) كتاب: البيوع والإجارات، باب: فى الرجل يقول فى البيع: لا خلابة، الحديث (٣٥٠١)، والترمذى (٣/ ٥٥٢) كتاب: البيوع، باب: ما جاء فيمن خدع فى البيع، الحديث (١٢٥٠)، والنسائى (٧/ ٢٥٢) كتاب: البيوع، باب: الخديعة فى البيع، وابن ماجه (٢/ ٧٨٨) كتاب: الأحكام، باب الحجر على من يفسد ماله، الحديث (٢٣٥٤)، وابن الجارود فى المنتقى ص (١٩٧) باب فى التجارات، الحديث (٥٦٨)، والدارقطنى فى السنن (٣/ ٥٥) كتاب: البيوع، الحديث (٢١٨) و (٢١٩) وقال الترمذى: حسن صحيح غريب .

البيع ينبغى أن يحجر عليه، ولا سيما إذا كان ذلك لخبل فى عقله، بل إن فى حديث حبان ما يقتضى الحجر عليه -: «كان يغبن فى البياعات» - لولا الخصوصية، ومعنى ذلك أن السفه كان غالب شأنه، بل كان يتكرر منه ذلك؛ لقوله: «إنى لا أصبر على البيع ساعة» مما قد يأتى على كل ماله، وليس الخيار لهما أو لأحدهما، والأصل فى البياعات أن تكون على البت.

ومما يدل على الخصوصية ما روى محمد بن إسحاق قال: حدثنى محمد بن يحيى بن حبان قال: هو جدى منقذ بن عمرو، وكان رجلا قد أصابته آمة فى رأسه، فكسرت لسانه، ونازعته عقله، وكان لا يدع التجارة ولا يزال يغبن، فأتى رسول الله ﷺ فذكر ذلك له، فقال: «إذا بعت فقل: لا خلابة، ثم أنت فى كل سلعة تبتاعها بالخيار ثلاث ليال»، ولما بلغ ثلاثين ومائة سنة، وذلك فى زمن عثمان حين فشا الناس وكثروا - كان يبتاع فى السوق ويرجع إلى أهله، وقد غبن غبنًا قبيحًا فيلومه أهله، ويقولون له: لم تبتاع؟ فيقول: أنا بالخيار إن رضيت أمسكت، وإن سخطت رددت، قد جعلنى رسول الله ﷺ بالخيار ثلاثًا؛ فيرد السلعة على صاحبها فى الغد وبعد الغد، فيقول صاحبها: لا أقبلها قد أخذت سلعتى وأعطيتنى دراهم، فيقول: إن رسول الله ﷺ قد جعلنى بالخيار ثلاثًا.

ونحن نرى أن كلا من المتخالفين قد تعلق بهذا الحديث، ولكل وجهة أو أوجه من التخاريج، ونرى - أيضًا - أن المعنى الذى من أجله حجر على السفيه هو بعينه موجود فى ذى الغفلة، وما دمنا قد رجحنا الحجر على السفيه فلا بد أن نرجح الحجر على ذى الغفلة؛ لأن حفظ المال وصيانته من المقاصد الضرورية التى دعت إليها كل الشرائع.

أما حكم تصرفات ذى الغفلة فهى كحكم تصرفات السفيه سواء بسواء[1].

* * *

---

(١) ينظر نظام الحجر فى الشريعة لسليمان عثمان .

قال المصنف - رحمه الله تعالى -:

كتاب: الصلح

إذا كان لرجل عند رجل عين في يده، أو دين في ذمته؛ جاز أن يصالح منه.

والدليل عليه: ما روى أبو هريرة - رضي الله عنه - أن رسول الله ﷺ قال: «المسلمون على شروطهم، والصلح جائز بين المسلمين» فإن صالح عن المال على مال، فهو بيع، يثبت فيه ما يثبت في البيع من الخيار، ويحرم فيه ما يحرم في البيع من الغرر، والجهالة، والربا، ويفسد بما يفسد به البيع من الشروط الفاسدة؛ لأنه باع ماله بمال، فكان حكمه حكم البيع فيما ذكرناه.

وإن صالحه من دين على دين، وتفرقا قبل القبض، لم يصح؛ لأنه بيع دين بدين، تفرقا فيه قبل القبض.

فإن صالحه من دين على عين، وتفرقا قبل القبض، ففيه وجهان:

أحدهما: لا يصح؛ لأنهما تفرقا، والعوض والمعوض في ضمان واحد، فأشبه إذا تفرقا عن دين بدين.

والثاني: يصح؛ لأنه بيع عين بدين؛ فصار كبيع العين بالثمن في الذمة.

وإن صالح عن المال على منفعة؛ فهو إجارة يثبت فيه، ما يثبت في الإجارة من الخيار، ويبطل بما تبطل به الإجارة من الجهالة؛ لأنه استأجر منفعةً بالمال، فكان حكمه فيما ذكرناه حكم الإجارة.

(فصل) وإن صالح من دار على نصفها؛ ففيه وجهان:

أحدهما: (أنه) لا يصح؛ لأنه ابتاع ماله بماله.

والثاني: يصح؛ لأنه لما عقد بلفظ الصلح صار كأنه وهب النصف، وأخذ النصف.

وإن صالحه من الدار على سكناها سنةً؛ ففيه وجهان:

أحدهما: لا يصح؛ لأنه ابتاع داره بمنفعتها.

والثاني: يصح؛ لأنه لما عقد بلفظ الصلح، صار كما لو أخذ الدار وأعاره سكناها سنةً.

وإن صالحه من ألف درهم على خمسمائة؛ ففيه وجهان:

أحدهما: لا يصح؛ لأنه بيع ألف بخمسمائة.

والثانى: أنه يصح؛ لأنه لما عقد بلفظ الصلح، جعل كأنه قال: أبرأتك من خمسمائة، وأعطنى خمسمائة.

(الشرح) قوله: «المسلمون على شروطهم. . . » الحديث، أخرجه أحمد[(١)]، وأبو داود[(٢)]، وابن الجارود[(٣)] وابن حبان[(٤)]، والدارقطنى[(٥)]، والحاكم[(٦)]، والبيهقى[(٧)]، كلهم من طريق كثير بن زيد عن الوليد بن رباح عن أبى هريرة؛ أن رسول الله ﷺ قال: «المسلمون على شروطهم والصلح جائز بين المسلمين».

قال الحاكم: رواة هذا الحديث كلهم مدنيون.

وقال الذهبى فى تلخيص المستدرك: لم يصححه، وكثير ضعفه النسائى، وقواه غيره.

وقال فى موضع آخر[(٨)]: حديث منكر.

لكن للحديث طريق آخر عن أبى هريرة:

أخرجه الدارقطنى[(٩)]، والحاكم[(١٠)]، من طريق عبد الله بن الحسين المصيصى: ثنا عفان، ثنا حماد بن زيد عن ثابت عن أبى رافع عن أبى هريرة قال: قال رسول الله ﷺ: «الصلح جائز بين المسلمين».

وقال الحاكم: صحيح على شرط الشيخين وهو معروف بعبد الله بن الحسين المصيصى، وهو ثقة.

وتعقبه الذهبى بقول ابن حبان فى عبد الله بن الحسين فقال: ابن حبان: يسرق

---

(١) ٢/٣٦٦ .
(٢) ٤/١٩ كتاب الأقضية باب فى الصلح (٣٥٩٤) .
(٣) رقم (٦٣٨) .
(٤) (١١٩٩ - موارد) .
(٥) ٣/٢٧ كتاب البيوع حديث (٩٦) .
(٦) ٢/٤٩ .
(٧) ٦/٦٤ كتاب الصلح باب صلح المعاوضة .
(٨) ٤/١٠١ .
(٩) ٣/٢٧ كتاب البيوع (٩٧) .
(١٠) ٢/٥٠ .

الحديث.

وللحديث شاهد من حديث عمرو بن عوف المزنى:

أخرجه الترمذى[١]، وابن ماجه[٢]، والدارقطنى[٣]، والحاكم[٤]، والبيهقى[٥]، كلهم من طريق كثير بن عبد الله بن عمرو بن عوف عن أبيه عن جده قال: قال رسول الله ﷺ: «الصلح جائز بين المسلمين إلا صلحا حرم حلالا أو أحل حراما، والمسلمون على شروطهم إلا شرطا حرم حلالا أو أحل حراما» لفظ الترمذى.

وقال الترمذى: حسن صحيح.

وسكت عنه الحاكم، وتعقبه الذهبى فقال: واهٍ.

وكثير بن عبد الله:

قال النسائى فى الضعفاء والمتروكين[٦]: متروك الحديث.

وذكره الدارقطنى أيضا فى الضعفاء والمتروكين[٧].

وقال الحافظ فى التقريب[٨]: ضعيف منهم من نسبه إلى الكذب.

وقد عقب الذهبى فى الميزان[٩] على تصحيح الترمذى لهذا الحديث فقال: «وأما الترمذى فروى من حديثه - أى كثير بن عبد الله بن عمرو بن عوف -: «الصلح جائز بين المسلمين» وصححه، فلهذا لا يعتمد العلماء على تصحيح الترمذى اهـ.

وقال المباركفورى فى تحفة الأحوذى[١٠]: وفى تصحيح الترمذى هذا الحديث نظر؛ فإن فى إسناده كثير بن عبد الله بن عوف، وهو ضعيف جدا، قال فيه الشافعى وأبو داود: هو ركن من أركان الكذب. وقال النسائى: ليس بثقة. وقال ابن حبان: له عن أبيه عن جده نسخة موضوعة. وتركه أحمد، وقد نوقش الترمذى فى تصحيح

---

(١) ٣/ ٦٣٤ كتاب الأحكام باب الصلح بين الناس (١٣٥٢).
(٢) ٢/ ٢٨٨ كتاب الأحكام باب الصلح (٢٣٥٣).
(٣) ٣/ ٢٧ كتاب البيوع (٩٨).
(٤) ٤/ ١٠١.
(٥) ٦/ ٦٥ كتاب الصلح باب صلح المعاوضة.
(٦) (٥٢٩).
(٧) (٤٤٦).
(٨) ٢/ ١٣٢ رقم (١٧).
(٩) ٣/ ٤٠٦.
(١٠) ٤/ ٤٨٧.

حديثه قال الذهبى: أما الترمذى فروى من حديثه: «الصلح جائز بين المسلمين» وصححه، فلهذا لا يعتمد العلماء على تصحيحه. وقال ابن كثير فى إرشاده: قد نوقش أبو عيسى - يعنى الترمذى - فى تصحيحه هذا الحديث وما شاكله اهـ.

قوله «الصلح» الصلح فى اللغة بضم الصاد وسكون اللام: اسم بمعنى المصالحة، والتصالح خلاف المخاصمة والتخاصم، ومعناه: السِّلم بكسر السين. يقال: اصطلحوا وتصالحوا، وصالحوا واصّلحوا واصّالحوا. وعلى ذلك يقال: وقع بينهما الصلح، وصالحه على كذا، وتصالحا عليه واصطلحا، وهم لنا صلح، أى: مصالحون.

قال الراغب: والصلح يختص بإزالة النفار بين الناس.

والصلاح ضد الفساد[(١)] وهو قطع النزاع.

الصلح فى اصطلاح الفقهاء: عرفه الشافعية بأنه عقد يحصل به قطع النزاع.

قوله: عقد يحصل به... إلخ.

قلت هذا على خلاف القاعدة وهى أن المعنى الشرعى أخص من المعنى اللغوى، أى فرد منه، وذلك لأن العقد الذى يحصل به قطع النزاع ليس فردًا من أفراد قطع النزاع، فهما متباينان بحسب المفهوم، وإن اتحد بسبب التحقق والوجود، أى فالمكان الذى يتحقق فيه العقد يتحقق به قطع النزاع[(٢)].

وقال الرافعى: فسر الأئمة الصلح فى الشريعة بالعقد الذى ينقطع به خصومة المتخاصمين، وليس ذلك على سبيل التحديد، ولكنهم أرادوا ضربًا من التعريف مشيرين إلى أن هذه اللفظة تستعمل عند سبق المخاصمة غالبًا والمخاصمات والمزاحمات التى تحوج إلى التصالح تقع فى الأملاك تارة، وتقع فى المشتركات تارة أخرى، كما أن التعامل يقع بالصلح تارة، ويقع بظهور جانب أحد المتنازعين باختصامه بما يشعر بالاستحقاق تارة أخرى.

---

(١) ينظر لسان العرب م (ص ل ح) ص٢٤٧٩، المصباح المنير (١/ ٣٤٥)، ترتيب القاموس (٢/ ٨٣٩). المقرب للمطرزى (١/ ٤٧٩)، طلبة الطلبة للنسفى (٢٩٢)، المفردات فى غريب القرآن (٤٢٠)، أساس البلاغة للزمخشرى (٢٥٧) مادة (ص ل ح).

(٢) ينظر الجمل على المنهج (٣/ ٣٥٠، ٣٥١)، حاشية الجلال على المنهاج (٢/ ٣٠٦)، مغنى المحتاج (٢/ ٧٧)، نهاية المحتاج (٤/ ٣٨٢).

أما الحنفية: فعندهم أنه عقد يرتفع به التنازع والتشاجر بين الخصوم.

وقيل: عقد يرفع النزاع[١].

أما المالكية: فقد قال الشيخ ابن عرفة رحمه الله: «انتقال عن حق أو دعوى بعوض لرفع نزاع أو خوف وقوعه».

قال: وقول ابن رشد هو قبض شيء عن عوض، يدخل فيه محض البيع. قال: وقول عياض هو معاوضة على دعوى يخرج عنه صلح الإقرار، قال: وقول ابن الحاجب تابعًا لابن شاس: الصلح معاوضة كالبيع وإبراء وإسقاط، تقسيم له لا تعريف، فلا يتوهم نقضه بمحض البيع وهبة كل الدين أو بعضه لعدم اندراجهما تحت مورد التقسيم. وقول الشيخ رحمه الله: انتقال عن حق، ظاهر عنده أو نص أن الصلح ليس معاوضة، والفقهاء يقولون: الصلح بيع يقصدون به أن حكمة حكم البيع، وقد نقل عياض أنه معاوضة عن دعوى. قال: وهذا يخرج منه صلح الإقرار، ونقل عن ابن رَشد ما ذكر أولا، ورده بأنه غير مطرد لدخول البيع، فصير رحمه الله الصلح ليس هو المعاوضة وإنما هو الانتقال بها.

فإن قلت: إذا كان رحمه الله قد أبطل الرسمين المذكورين بما ذكر، فهلا قال معاوضة عن حق.... إلخ، ويتم رسمه ولا يصح عليه ورد ما أورده.

قلت: يظهر أنه لو قاله لصح، والانتقال عن الحق إنما هو سبب عن الصلح أو مسبب، فتأمله.

قوله «حق أو دعوى»، الأول يدخل فيه الإقرار، والثانى صلح الإنكار.

و«بعوض» يتعلق بانتقال، يخرج به الانتقال بغير عوض.

قوله «لرفع نزاع» يخرج به بيع الدين وما شابهه.

قوله: «أو خوف وقوعه» ليدخل فيه الصلح عن محجور وما شابهه.

فإن قلت: الصلح قد يكون عن إقرار وإنكار، فكيف يدخل فى حده؟

قلت: يدخل ذلك لصدق الحد على كل منهما.

فإن قلت: السكوت إذا وقع الصلح فيه، أيكون الرسم فيه غير منعكس لأنه صلح أم لا؟

---

(١) ينظر مجمع الأنهر (٢/ ٣٠٧)، والاختيار (٣/ ٦) .

قلت: قالوا: حكمه حكم الإقرار وفيه بحث؛ لأن هذا بناء على أنه يدخل تحت الحق، ويحتمل أن يدخل تحت قوله أو دعوى، وإذا كان إقرار وإنكار فحكمه حكم الإقرار.

فإن قلت: ما معنى قول الشيخ في كلام ابن الحاجب: فلا يتوهم نقضه. . . . إلخ؟

قلت: أشار رحمه الله إلى أن بعض الناس أورد عليه ما ذكره من النقض توهما منه أن ابن الحاجب عرف الصلح. قال الشيخ رحمه الله: وليس كذلك، بل قسمه لا عرفه، فلا يرد عليه نقض؛ لأن مورد التقسيم وهو لفظ الصلح لا يصدق على الصور المنقوض بها، هذا معناه والله أعلم، ولا يتعين أن يكون تقسيما بل تعريفا لفظيا انحصر مدلول اللفظ في المذكور(١).

أما الحنابلة: فعندهم أنه معاقدة يتوصل بها إلى موافقة بين مختلفين(٢).

وقوله: بين مختلفين، أي: مختصمين.

ومن الملاحظ أن هذه التعريفات يتفق بعضها مع البعض غير أن في تعريف المالكية زيادة معنى، إذ في قولهم: أو خوف وقوعه، تميز عن التعريفات الأخرى بهذه الإضافة حيث أدخل في التعريف ما يسمى في القانون بالصلح الوقائي.

الأحكام: الصلح جائز، والأصل في جوازه: الكتاب، والسنة، والأثر، والاتفاق:

فأما الكتاب: فقوله - تعالى -: ﴿لَّا خَيْرَ فِي كَثِيرٍ مِّن نَّجْوَاهُمْ إِلَّا مَنْ أَمَرَ بِصَدَقَةٍ أَوْ مَعْرُوفٍ أَوْ إِصْلَاحٍ بَيْنَ النَّاسِ﴾ [النساء: ١١٤].

وقال - تعالى -: ﴿وَإِنِ امْرَأَةٌ خَافَتْ مِن بَعْلِهَا نُشُوزًا أَوْ إِعْرَاضًا فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا أَن يُصْلِحَا بَيْنَهُمَا صُلْحًا﴾ [النساء: ١٢٨].

وقال - تعالى -: ﴿وَإِنْ خِفْتُمْ شِقَاقَ بَيْنِهِمَا فَابْعَثُوا حَكَمًا مِّنْ أَهْلِهِ وَحَكَمًا مِّنْ أَهْلِهَا إِن يُرِيدَا إِصْلَاحًا يُوَفِّقِ اللَّهُ بَيْنَهُمَا﴾ [النساء: ٣٥].

وقال - تعالى -: ﴿وَإِن طَائِفَتَانِ مِنَ الْمُؤْمِنِينَ اقْتَتَلُوا فَأَصْلِحُوا بَيْنَهُمَا فَإِن بَغَتْ إِحْدَاهُمَا عَلَى الْأُخْرَىٰ فَقَاتِلُوا الَّتِي تَبْغِي﴾ [الحجرات: ٩].

---

(١) ينظر حدود ابن عرفة ص (٤٣٩، ٤٤٠).

(٢) ينظر كشاف القناع (٣/ ٣٩٠).

وأما السنة: فما روى عبد الله، عن أبى أيوب الأنصارى قال: قال رسول الله ﷺ: «يَا أَبَا أَيُّوبَ، أَلَا أَدُلُّكَ عَلَى صَدَقَةٍ يَرْضَى اللهُ مَوْضِعَهَا؟ قُلْتُ: بَلَى، يَا رَسُولَ اللهِ. قَالَ: تَسْعَى فِى صُلْحٍ بَيْنَ النَّاسِ إِذَا تَفَاسَدُوا، وَتَقَارِبُ بَيْنَهُمْ إِذَا تَبَاعَدُوا»(١).

وروى أبو هريرة أن النبى ﷺ قال: «الصُّلْحُ جَائِزٌ بَيْنَ الْمُسْلِمِينَ إِلَّا صُلْحًا أَحَلَّ حَرَامًا أَوْ حَرَّمَ حَلَالًا».

وروى كثير بن عبد الله بن عمرو بن عوف المزنى، عن أبيه، عن جده أن النبى ﷺ قال لبلال بن الحارث: «اِعْلَمْ أَنَّ الصُّلْحَ جَائِزٌ بَيْنَ الْمُسْلِمِينَ إِلَّا صُلْحًا حَرَّمَ حَلَالًا أَوْ أَحَلَّ حَرَامًا، وَالْمُسْلِمُونَ عَلَى شُرُوطِهِمْ، إِلَّا شَرْطًا حَرَّمَ حَلَالًا أَوْ أَحَلَّ حَرَامًا»(٢).

وروى أبو داود بإسناده عن عبد الله بن كعب بن مالك، أن كعب بن مالك أخبره أنه تقاضى ابنَ أبى حدرد دينًا كان له عليه فى عهد رسول الله ﷺ فى المسجد، فارتفعت أصواتهما حتى سمعهما رسول الله ﷺ وهو فى بيته؛ فخرج إليهما رسول الله ﷺ حتى كشف سجف حجرته، ونادى كعب بن مالك، فقال: «يَا كَعْبُ»، فقال: لبيك، يا رسول الله، فأشار له بيده: «أَنْ ضَعِ الشَّطْرَ مِنْ دَيْنِكَ». قال كعب: قد فعلت يا رسول الله، قال النبى ﷺ: «قُمْ فَاقْضِهِ»(٣).

وأما الأثر: فما روى الشافعى عن عمر - رضى الله عنهما -: أنه قال فى عهده إلى أبى موسى الأشعرى: (الصلح جائز بين المسلمين، إلا صلحًا أحل حرامًا أو حرم حلالًا)(٤)، وروى أن أكثر قضايا عثمان - رضى الله عنه - كانت صلحًا.

---

(١) أخرجه عبد بن حميد فى المنتخب (٢٣٢) وذكره الهيثمى فى مجمع الزوائد ٨/ ٨٢ وقال: رواه الطبرانى وفيه ابن عبيدة وهو متروك، وأخرجه الطبرانى فى الكبير ٨/ ٣٠٧ (٧٩٩٩) وذكره الهيثمى فى مجمع الزوائد ٨/ ٨٣ وقال: رواه الطبرانى وعبد الله بن حفص صاحب أبى أمامة لم أعرفه وبقية رجاله ثقات وأخرجه البزار عن أنس بن مالك كما فى مجمع الزوائد ٨/ ٨٢ - ٨٣ وقال: فيه عبد الرحمن بن عبد الله العمرى وهو متروك.

(٢) أخرجه الترمذى ٣/ ٢٧ أبواب الأحكام باب ما ذكر عن رسول الله ﷺ فى الصلح بين الناس (١٣٥٢)، وابن ماجه ٤/ ٣٣ كتاب الأحكام باب الصلح (٢٣٥٣)، والدارقطنى ٣/ ٢٧ والحاكم ٤/ ١٠١، والبيهقى ٦/ ٦٥ وقال الذهبى فى تلخيص المستدرك: واهٍ. وذكره الحافظ فى التلخيص ٣/ ٥٥ - ٥٦ وقال: ضعيف. وينظر الحاوى ٦/ ٣٦٥.

(٣) تقدم. وينظر الشامل لابن الصباغ.

(٤) أخرجه البيهقى فى السنن الكبرى ٦/ ٦٥ كتاب الصلح باب صلح المعاوضة.

وقد قيل فى تأويل قوله تعالى: ﴿وَءَاتَيْنَـٰهُ ٱلْحِكْمَةَ وَفَصْلَ ٱلْخِطَابِ﴾ [ص: ٢٠] ثلاثة تأويلات:

أحدها - الصلح بين الخصوم.

والثانى - فصل الحكم بنفسه من غير استخلاف فيه.

والثالث - سرعة القضاء وبت الحكم.

وأما الاتفاق: فهو إجماع المسلمين على جواز الصلح، وإباحته بالشرع.

وإنما اختلف أصحابنا: هل هو رخصة لاستثنائه من جملة محظورة، أو هو مندوب إليه؛ لكونه أصلًا بذاته؟ على وجهين:

أحدهما - وهو ظاهر قول أبى إسحاق المروزى وأبى على بن أبى هريرة -: أنه رخصه؛ لأنه فرع لأصول يعتبر بها فى صحته وفساده، وليس بأصل بذاته؛ فصار لاعتباره بغيره رخصة مستثناة من جملة محظورة.

والوجه الثانى - وإليه ذهب أبو الطيب بن سلمة -: أنه مندوب إليه؛ لكونه أصلاً بذاته قد جاء الشرع به وجرى العمل عليه، وقد أشار إلى القول به أبوحامد.

وذكر ابن الرفعة: أن من آثار هذا الاختلاف أَنِ اختلف الأصحاب - أيضًا - فى قوله ﷺ: «الصلح جائز بين المسلمين...» إلخ، هل هو عام أو مجمل؟ على وجهين:

أحدهما - أنه مجمل، وهو قول من جعله معتبرًا بغيره، ولم يجعله أصلا بذاته.

والثانى - أنه عام، وهذا قول من جعله أصلًا بذاته.

فأما الصلح الذى يحرم الحلال فهو: أن يصالحه على دار على ألا يسكنها، أو يصالح زوجته على ألا يتزوج عليها، أو على ألا يطلقها؛ فيحرم على نفسه بالصلح ما أحله الله تعالى له من السكنى، والنكاح، والطلاق.

وأما الصلح الذى يحل الحرام فهو: أن يصالحه من الدراهم على أكثر منها، أو على دنانير مؤجلة، أو على خمر، أو خنزير.

فيستحل بالصلح ما حرم عليه من الربا، والخمر، والخنزير[1].

إذا ثبت هذا: فقد جزم الشيخ أبو حامد، والقاضى أبو الطيب، وابن الصباغ،

---

(١) ينظر الحاوى ٦/٣٦٦ - ٣٦٧ .

وصاحب «البيان» - بأن الصلح ليس أصلًا بذاته؛ وإنما هو فرع على غيره، وسنذكر ما هو أصل له.

والصلح على خمسة أضرب:

الضرب الأول - هو فرع للبيع: وهو أن يكون له فى يده عين، أو فى ذمته دين، فيقر له به، ثم يصالحه منه على ما يتفقان عليه - فيجوز ذلك، ويكون ذلك بيعًا تتعلق به أحكامه:[1]

فيعتبر فيه ما يعتبر فى البيع من الربا، ويبطل بما يبطل به البيع من الغرر، ويثبت فيه ما يثبت فى البيع من الخيار؛ لأن ذلك بيع بلفظ الصلح.

وإن ادعى عليه دينًا فى ذمته، فأقر له به، ثم صالحه منه على دين فى ذمته، وتفرقا قبل القبض - لم يصح الصلح فيه؛ كما لا يصح فى بيع الدين بالدين.

وإن صالحه من دين على عين، وقبض العين قبل التفرق - صح الصلح؛ إذا كان الدين مما يصح أخذ العوض عنه.

وإن افترقا عن المجلس قبل قبض العين، فهل يصح؟ فيه وجهان:

أحدهما - لا يصح؛ لأنهما افترقا والعوض والمعوض فى ضمان واحد، فلم يصح؛ كما لو صالحه من دين على دين، وتفرقا قبل القبض.

والثانى: يصح؛ كما يصح فى بيع العين بالدين.

والضرب الثانى - هو فرع للإجارة: وهو أن يكون له عنده دين أو عين، فيصالحه من ذلك على خدمة عبده أو سكنى داره - فيجوز ذلك، ويكون فرعًا للإجارة[2].

والضرب الثالث - صلح هو فرع على الإبراء والحطيطة: وهو أن يدعى عليه ألفًا فى ذمته، فيقر له بها، فيصالحه على بعضها - قال الشيخ أبو حامد: فهذا ينقسم قسمين:

أحدهما - أن يقول الذى عليه الحق لمن له الحق: أدفع إليك خمسمائة بشرط أن تسقط عنى الخمسمائة الأخرى، أو يقول صاحب الحق: ادفع إلىّ خمسمائة على أن أسقط عنك الخمسمائة الأخرى - فهذا لا يجوز؛ فإذا فعلا ذلك كان باطلًا، وكان

---

(١) ينظر روضة الطالبين (٤/١٩٣)، ومغنى المحتاج ٢/١٧٧ - ١٧٨ .

(٢) ينظر الإقناع ٢/٣١، وشرح نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج ٤/٣٨٥ - ٣٨٦ .

لصاحب الألف المقر له أن يطالب بالخمسمائة الأخرى؛ لأنه دفع إليه بعض حقه، وشرط شرطًا لا يلزمه؛ فسقط الشرط، ووجب الألف بالإقرار.

القسم الثانى - أن يقول: أدفع إليك خمسمائة وتبرئنى من خمسمائة، أو يقول الذى له الحق: ادفع إلى خمسمائة، وقد أبرأتك من الخمسمائة الأخرى - فإن هذا يجوز إذا لم يدخل فيه حرف الشرط، وهو قوله: (على أن تبرئنى)، أو: (بشرط أن تبرئنى) ؛ لأنه كان له حق، فأخذ بعضه، وأبرأ من البعض.

وقال المصنف: إن صالحه من ألف على خمسمائة، ففيه وجهان:

أحدهما - لا يصح؛ كما لو باع ألفًا بخمسمائة.

والثانى - يصح؛ لأنه لما عقد بلفظ الصلح، صار كأنه قال: أبرأتك من خمسمائة، وأعطنى خمسمائة.

قال المسعودى: إذا ادعى عليه ألف درهم حالّة، فأقر له بها، ثم صالحه منها على خمسمائة مؤجلة - صح الصلح، ولا يلزم الأجل.

وإن ادعى عليه ألف درهم مؤجلة، فأقر له بها، ثم صالحه منها على خمسمائة حالة - لم يصح الصلح؛ لأنه جعل الخمسمائة التى تركها عوضًا للحلول، وذلك لا يجوز أخذ العوض عليه.

وإن ادعى عليه ألف درهم صحاحًا، فأقر له بها، ثم صالحه على خمسمائة مكسرة - قال المسعودى: صح الصلح، ولا يلزمه أخذ المكسرة، بل يجب له خمسمائة صحاح؛ لأن الصحة صفة فلا يصح الإبراء منها.

ولو ادعى عليه ألف درهم مكسرة، فأقر له بها، ثم صالحه منها على خمسمائة صحاح - لم يصح الصلح؛ لأنه أبرأ من خمسمائة بشرط حصول الصحة فى الباقى، ولا تجوز المعاوضة على الصفة.

الضرب الرابع - صلح هو فرع على الهبة، وهو: أن يدعى عليه دارًا، فيقر له بها، فقال المقر: أدفع إليك نصفها على أن تهبنى نصفها، أو قال المقر له: ادفع إلى نصفها على أن أهبك النصف الآخر - فهذا الصلح باطل؛ لما ذكرناه فى الإبراء.

وإن قال المقر له: ادفع إلى نصفها، ووهبتك النصف الآخر، صحت الهبة؛ لأنها هبة مجردة غير معلقة على شرط.

وإن كان بلفظ الصلح، بأن قال المقر للمقر له: صالحنى من هذه الدار على

نصفها - فذكر المصنف أنها على وجهين:

أحدهما - لا يصح؛ لأنه باع ماله بماله.

والثانى - ولم يذكر ابن الصباغ غيره -: أنه يصح؛ لأنه لما عقد بلفظ الصلح، صار كما لو قال: ادفع إلى نصفها، ووهبتك النصف الثانى.

القسم الخامس - صلح هو فرع على العارية؛ بأن يدعى عليه دارًا فى يده، فأقر له بها، ثم قال المقر له للمقر: صالحنى من هذه الدار على سكناها سنة، فقال المقر: صالحتك - صح الصلح، ويكون كأن المقر له أعار المقر أن يسكنها سنة.

قال المسعودى: وللمقر له أن يرجع فى عاريته.

وذكر المصنف أنها على وجهين:

أحدهما - هذا.

والثانى - لا يصح؛ لأنه ابتاع داره بمنفعتها.

إذا ثبت هذا: فإن المصنف لم يصرح هاهنا بهذه الأضرب الخمسة، وقال فى «التنبيه» له: «الصلح بيع؛ لوجود معنى البيع فيه»، فأورد ابن الرفعة على ذلك إشكالاً، وأجاب عنه فقال:

فإن قيل: الشيخ حصر الصلح فى كونه بيعًا، وقد حكى عن الشيخ أبى حامد: أن الصلح ثلاثة أنواع - كما جزم به راوياه المحاملى والبندنيجى -:

صلح هو بيع، وصلح هو إبراء، وصلح هو هبة، فكيف يحسن من الشيخ مخالفته، و «التنبيه» مختصر تعليقه؟

قلت: - أى ابن الرفعة -: الجواب: أن المحكى عن الشيخ أبى حامد تصوير صلح الإبراء بما إذا كان عند زيد ألف، وهو مقر بها، فقال: أعطنى خمسمائة وأبرأتك من خمسمائة. وصلح الهبة: بما إذا كان له عنده عينان أو عين واحدة، فقال: أعطنى إحداهما أو بعض العين ووهبتك الباقى، وإنه جزم بالبطلان فيها إذا قال: صالحتك من الألف على خمسمائة، ومن العينين على إحداهما، أو بعض العين الواحدة، كما حكاه ابن الصباغ هنا، وإن كان فى باب خيار المجلس قد فسرهما بمثل ما قاله أبو حامد.

فلما نظر الشيخ إلى ذلك وجد ما قاله من تصوير صلح الإبراء والهبة حائدًا عن حقيقته؛ فإنه لم يأت فيهما بلفظ الصلح، وإن حقيقته فيهما أن يصالح من الألف

على خمسمائة، ومن العينين على إحداهما، أو من العين على بعضها، وقد جزم فى هاتين الصورتين بالمنع، فأعرض عن ذكرهما؛ لتناقض الكلام فيهما، واقتصر على ذكر كونه بيعًا؛ لكون هذا الكتاب مختصرًا من تعليقه.

ثم البيع الذى فسر به الصلح يشمل بيع: الدين، والعين، والمنفعة[1].

انتهى كلام ابن الرفعة، أما صاحب «الحاوى» فاقتصر على أن الصلح ضربان: معاوضة، وحطيطة.

قال: فأما المعاوضة: فهو أن يصالح على حقه من غير جنسه، مثل: أن يصالح من دراهم على دنانير، أو من دنانير على دراهم - فهذا بيع يجرى عليه حكمه، فإن كان مما يدخله الربا: كالصلح على الدراهم بالدنانير، أو على البر بالشعير - لزم فيه القبض قبل الافتراق، ودخله خيار المجلس دون خيار الشرط.

وإن كان مما لا ربا فيه، جاز فيه الافتراق قبل القبض، وثبت فيه خيار المجلس وخيار الثلاث، وصح فيه دخول الأجل، وأخذ الرهن فيه؛ فيعتبر فى صحته وفساده ما يعتبر فى صحة البيع وفساده، وهو الذى بدأ به الشافعى.

ثم قال: وأما الحطيطة: فهو أن يصالحه من حقه على بعضه، وذلك ضربان:

أحدهما - أن يكون الحق فى الذمة.

والثانى - أن يكون عينًا قائمة.

فإن كان الحق فى الذمة فصورته: أن يدعى عليه مائة دينار، فيعترف بها، فيصالحه منها على خمسين دينارًا - فهذا يكون إبراء.

فإن حط الباقى بعد الخمسين بلفظ الإبراء، فقال: قد صالحتك على خمسين دينارًا، وأبرأتك من الباقى - صح، إلا أن يخرج الإبراء مخرج الشرط، فيقول: إن أعطيتنى خمسين دينارًا فقد أبرأتك من الباقى، أو يقول: قد أبرأتك من خمسين دينارًا إن دفعت إلى خمسين ديناراً، فلا يصح هذا الإبراء.

وكذلك لو قال: إن أقررت لى بحقى، فقد أبرأتك من خمسين دينارًا، فأقر - لم يبرأ من شىء؛ لأن تعليق البراءة بشرط لا يصح.

فإن حط الباقى بغير لفظ الإبراء، فقال: قد صالحتك من المائة على خمسين -

(١) ينظر الكفاية خ .

ففيه وجهان:

أحدهما - وهو قياس قول أبى إسحاق المروزى -: لا يصح.

والثانى - وهو قياس قول أبى الطيب بن سلمة -: يصح.

وتوجيه هذين القولين مبنى على ما نذكره عنهما فيما بعد، وإن كان الحق عينًا قائمة، فصورته: أن يدعى دارًا فى يد رجل، فيعترف له بها، ويصالحه منها على نصفها - فهذا يكون هبة.

فإن فعل ذلك بلفظ الهبة، فقال بعد أن أقر له بالدار: قد وهبت لك نصفها - صح، واعتبر فيه ما يعتبر فى صحة الهبة من القبول ومرور زمان القبض.

وهل يحتاج إلى إذنه فى القبض؟ على قولين:

وإن لم يذكره بلفظ الهبة، بل قال: صالحتك من هذه الدار على نصفها - ففيه وجهان:

أحدهما - وهو نص قول أبى إسحاق المروزى -: أنه لا يجوز؛ لأنه مالك لجميع الدار، فلم يجز أن يصالحه على بعضها؛ كما لا يجوز فيما نص عليه الشافعى أن يصالحه على سكناها.

والوجه الثانى - وهو قول أبى الطيب بن سلمة -: أنه يجوز؛ لأنه لما جاز أن يصالحه على ما فى الذمة على بعضه، جاز أن يصالحه من الأعيان على بعضها.

ومن هذين يخرج الوجهان الأولان.

وكل ذلك بناء على اختلاف المذهبين فى الصلح هل هو فرع لغيره أو أصل بذاته؟[1]

فرع: ذكر ابن الرفعة أن الصلح يصح وإن لم يتقدم بين المدعى والمدعى عليه مخاصمة؛ لأنه يصح منه البيع فى هذه الحالة.

وقد حكى عن الشيخ ابى محمد رواية وجه فى هذه الصورة: أنه لا يصح بيعًا؛ فإن الصلح من غير تقدم منازعة غير مستعمل، وجعله الرافعى أظهر، ثم قال: وهو مفروض فيما إذا لم ينويا - أو أحدهما - به شيئًا، أما إذا نويا به البيع فإنه يكون كناية بلا شك، ويكون على الخلاف المشهور فى انعقاد البيع بالكنايات.

---

(١) ينظر الحاوى (٦/ ٣٦٧، ٣٦٨).

فرع: وذكر ابن الرفعة - أيضًا - أنه يصح الصلح على ما يصح عليه البيع، ولا يجوز الصلح على ما لا يجوز البيع عليه.

وهذا هو الصحيح، وما روى عن صاحب «التلخيص» من أنه جوز الصلح على أرش الموضحة إذا علم قدره، وأنه منع صحة بيعه - فقد خالفه فيه المعظم - وإن كان الغزالى جعل المخالف له الشيخ أبا على - وقالوا: إن كان الأرش مجهولًا كالحكومة التى لم تقدر بعد، لم يصح الصلح عنه ولا بيعه.

وإن كان معلوم القدر والصفة: كالدراهم إذا ضبطت فى الحكومة - جاز الصلح عنها، وجاز بيعها ممن عليه.

وإن كان معلوم القدر دون الصفة على الحد المعتبر فى السلَم: كالإبل الواجبة فى الدية - ففى جواز الاعتياض عنها بلفظ الصلح وبلفظ البيع جميعًا وجهان - ويقال: قولان -: أظهرهما - فيما ذكره السرخسى -: المنع.

فرع: قال ابن الرفعة: لو كان له فى ذمته ألف درهم وخمسون دينارًا، فصالحه منهما على ألفى درهم - صح؛ بخلاف ما لو كان له تحت يده ألف درهم وخمسون دينارًا، فصالحه على ألفى درهم - حيث لا يصح؛ لأنه من قاعدة مد عجوة، بخلاف الأولى؛ لأنه يجعل قابضًا للألف، ومعتاضًا عن الخمسين دينارًا ألف درهم.

وقال القاضى الحسين: لا يصح فى هذه الصورة - أيضًا - تنزيلًا له على معنى المعاوضة، وهو الذى تقتضيه طريقة الشيخ أبى حامد.

ويجرى الخلاف فيما لو كان له عنده صاع حنطة وصاع شعير، فصالحه على صاعى حنطة أو شعير، كما صرح به القاضى الحسين فى التعليق[1].

فرع: وإن صالحه من الدراهم على دنانير، أو من الدنانير على دراهم - فإن ذلك صرف، ويشترط فيه قبض العوض فى المجلس؛ كما يشترط ذلك فى الصرف.

فرع: إذا أتلف عليه ثوبًا، أو حيوانًا قيمته دينار، فأقر له به، ثم صالحه من ذلك على أكثر منه - لم يصح الصلح.

وقال أبو حنيفة: يصح الصلح.

---

(١) ينظر الكفاية خ .

دليلنا: أن الواجب فى ذمته قيمة المتلف؛ فلم يصح الصلح على أكثر منه؛ كما لو غصب منه دينارًا، ثم صالحه على أكثر منه.

وإن صالحه من قيمة الحيوان على عوض، وجعله مؤجلًا - لم يتأجل العوض، ولم يصح الصلح.

وقال أبو حنيفة: يصح.

دليلنا: أن الواجب هو دين حال فى ذمته، فإن كان العوض عنه مؤجلًا، كان بيع الدين بالدين، وذلك لا يجوز.

وإن ادعى عليه مالًا مجهولًا، فأقر له به، وصالحه منه على عوض - لم يصح الصلح.

وقال أبو حنيفة - رحمه الله -: يصح.

دليلنا: أن ذلك معاوضة؛ ولهذا يثبت بالشقص فيه الشفعة؛ فلم يصح فى المجهول، كالبيع.

قال الشافعى - رحمه الله -: «فإذا ادعى رجل على رجل شيئًا مجملًا، فأقر له به، ثم صالحه منه على شىء - صح الصلح».

قال الشيخ أبو حامد: أراد إذا كان المعقود عليه معلومًا فيما بين المتعاقدين، صح وإن لم يسمياه؛ كما إذا قال: بعت منك الشىء الذى أعرفه أنا وأنت بكذا وكذا، فقال: ابتعت - فإنه يصح.

فرع: قال الشافعى - رضى الله عنه -: «فإن صالح رجل أخاه من مورِّثه، فإن عرفا ما صالحه عليه بشىء يجوز فى البيع، جاز».

قال الماوردى: وهذا صحيح.

ومقصود الشافعى بها تفسير قوله: «فما جاز فى البيع جاز فى الصلح، وما بطل فيه بطل فى الصلح»، فإذا ورث أخوان تركة، صالح أحدهما الآخر على مال من حقه؛ لتصير له التركة كلها بإرثه وصُلْحه - فهذا فى حكم البيع؛ لأنه يصير مشتريًا من أخيه نصيبه من الميراث؛ فيصح بثلاثة شروط يعتبر بها صحة البيع:

أحدها - معرفة التركة بالمشاهدة لها، والإحاطة بها.

والثانى - معرفة قدر ما يستحقه المصالح بالإرث منها.

والثالث - كون العوض معلومًا تنتفى الجهالة عنه.

فإن لم يشاهدا التركة، أو جهلا حصة المصالح أو قدر العوض - بطل الصلح[1].

قال المصنف - رحمه الله تعالى -:

(فصل) وإن ادعى عليه عينًا فى يده، أو دينًا فى ذمته؛ فأنكر المدعى عليه، فصالحه منه على عوض - لم يصح الصلح؛ لأن المدعى اعتاض عما لا يملكه، فصار كمن باع مال غيره، والمدعى عليه عاوض على ملكه، فصار كمن ابتاع مال نفسه من وكيله، فإن جاء أجنبى إلى المدعى، وصدقه على ما ادعاه، وقال: صالحنى منه على مال، لم يخل: إما أن يكون المدَّعى عينًا، أو دينًا، فإن كان دينًا؛ نظرت: فإن صالحه عن المدعى عليه، صح الصلح؛ لأنه إن كان قد وكله المدعى عليه، فقد قضى دينه بإذنه، وإن لم يوكله، فقد قضى دينه بغير إذنه، وذلك يجوز.

فإن صالحه عن نفسه، وقال: صالحنى عن هذا الدين، ليكون لى، فى ذمة المدعى عليه؛ ففيه وجهان؛ بناءً على الوجهين فى بيع الدين من غير مَنْ عليه.

أحدهما: لا يصح؛ لأنه لا يقدر على تسليم ما فى ذمة المدعى عليه.

والثانى: يصح؛ كما لو اشترى وديعةً فى يد غيره.

وإن كان المدعى عينًا، فإن صالحه عن المدعى عليه، وقال: قد أقر لك فى الباطن، ووكلنى فى مصالحتك، فصدقه المدعى؛ صح الصلح؛ لأن الاعتبار بالمتعاقدين، وقد اتفقا على ما يجوز العقد عليه، فجاز، ثم ينظر فيه: فإن كان قد أذن له فى الصلح، ملك المدعى عليه العين؛ لأنه ابتاعه له وكيله، وإن لم يكن أذن له فى الصلح؛ لم يملك المدعى عليه العين؛ لأنه ابتاع له عينًا بغير إذنه، فلم يملكه.

ومن أصحابنا من قال يملكه، ويصير هذا الصلح استنقاذًا لماله؛ كما قال الشافعى - رحمه الله - فى رجل فى يده دار؛ فجعلها مسجدًا، ثم ادعاها رجل، فأنكر فاستنقذه الجيران من المدعى بغير إذن المدعى عليه: أنه يجوز ذلك، وإن صالحه لنفسه؛ فقال: أنا أعلم أنه لك؛ فصالحنى، فأنا أقدر على أخذه - صح الصلح؛ لأنه بمنزلة بيع المغصوب ممن يقدر على أخذه، فإن أخذه، استقر الصلح.

---

(١) ينظر الحاوى ٦/٣٦٨ - ٣٦٩ .

وإن لم يقدر على أخذه؛ فهو بالخيار بين أن يفسخ، ويرجع إلى ما دفع، وبين أن يصبر إلى أن يقدر؛ كمن ابتاع عبدًا فأبق قبل القبض.

(فصل) إذا أقر المدعى عليه بالحق، ثم أنكر؛ جاز الصلح، فإن أنكر فصولح، ثم أقر؛ كان الصلح باطلًا؛ لأن الإقرار المتقدم لا يبطل بالإنكار الحادث، فيصح الصلح إذا أنكر بعد إقراره، لوجوده بعد لزوم الحق، ولم يصح الصلح إذا كان عقب إنكاره، وقبل إقراره، لوجوده قبل لزوم الحق.

(فصل) فلو أنكر الحق، فقامت عليه البينة، جاز الصلح عليه، للزوم الحق بالبينة، كلزومه بالإقرار لفظًا، ويقاس عليه ما لو نكل المدعى عليه، فحلف المدعى من طريق الأولى؛ إذ اليمين المردودة كالإقرار على أحد القولين.

(فصل): وإن ادعى عليه مالًا فأنكره، ثم قال: صالحنى عنه؛ لم يكن ذلك إقرارًا له بالمال؛ لأنه يحتمل أنه أراد قطع الخصومة، فلم يجعل ذلك إقرارًا.

فإن قال: بعنى ذلك، ففيه وجهان:

أحدهما: لا يجعل ذلك إقرارًا، وهو قول الشيخ أبى حامد الإسفراييني؛ لأن البيع والصلح واحد، فإذا لم يكن الصلح إقرارًا، لم يكن البيع إقرارًا.

والثانى: وهو قول شيخنا القاضى أبى الطيب: أنه يجعل ذلك إقرارًا؛ لأن البيع تمليك، والتمليك لا يصح إلا ممن يملك.

(الشرح) قوله: «اعتاض»: الاعتياض فى اللغة والاستعمال الفقهى: أَخْذُ العوض. وهو البَدَل. وهو يجرى فى كل ما يملكه الإنسان من عين أو دين أو حق أو منفعة فى إطار نصوص الشرع وقواعده العامة. قال الكاسانى: العوض فى المعاوضات المطلقة قد يكون عينًا وقد يكون دينًا وقد يكون منفعة، إلا أنه يشترط القبض فى بعض الأعواض فى بعض الأحوال دون بعض.

أما موجبات الاعتياض، فقد يكون سببه عقدًا من عقود المعاوضات المالية المحضة كالبيع والإجارة، أو من عقود المعاوضات غير المحضة كالمكاتبة والخلع، وقد يكون سببه إتلاف المال أو إلحاق ضرر مالى بالغير بحسب ما هو مقرر فى قاعدة الجوابر فى الفقه الإسلامى[1].

---

(١) ينظر: الاصطلاحات الاقتصادية ٦١، المصباح (٢/ ٥٢٣)، بدائع الصنائع (٦/ ٤٢)، منح الجليل (٤/ ٦٠٧)، شرح منتهى الإرادات (٣/ ١١٢).

قوله: «فاستنقذه الجيران»[1]، أى: خلصوه، يقال: أنقذه من فلان، واستنقذه منه، وتنقّذه: بمعنى، أى: نجاه وخلصه، والنقذ - بالتحريك: ما أنقذته، وهو فَعَل بمعنى مفعول، مثلَ نفَض وَقبض[2].

الأحكام: الصلح مع الإنكار باطل حتى يصالح بعد الإقرار بالدعوى، وقد نص على ذلك الشافعى بقوله: «ولو ادعى رجل على رجل حقًا، فصالحه مِنْ دعواه وهو منكر - فالصلح باطل[3]، ويرجع المدعى على دعواه، ويأخذ منه صاحبه ما أعطاه» وجملة ذلك أنه إذا ادعى على رجل حقًا، أو عينًا، فأنكر المدعى عليه، وصالح المدعى عن ذلك - لم يصح الصلح[4].

وقال مالك وأبو حنيفة: يصح الصلح[5].

واحتج لهم بعموم الخبر، وهو قوله ﷺ: «الصُّلْحُ جَائِزٌ بَيْنَ الْمُسْلِمِينَ».

ولأنه سبب لإسقاط الخصومة؛ فجاز مع الإنكار، كالإبراء والصلح مع الأجنبى[6].

واستدلوا كذلك بعموم قوله - تعالى -: ﴿وَالصُّلْحُ خَيْرٌ﴾ [النساء: ١٢٨].

وبما روى عن النبى ﷺ أنه قال: «كُلُّ مَالٍ وَقَى الْمَرْءُ بِهِ عِرْضَهُ فَهُوَ صَدَقَةٌ»[7].

والصدقة تستحب لباذلها، وتحل لآخذها؛ فهكذا الصلح.

ولأنه بَذَل مالًا فى الصلح مختارًا؛ فصح كالمقر به.

ولأنه مدع لم يعلم كذبه؛ فصح صلحه كالمقر له.

ولأن اختلاف الأسامى يوجب اختلاف المعانى، فلما اختص الصلح باسم غير

---

(١) ينظر: النظم (١/ ٢٧٣).
(٢) ينظر: الصحاح (نقذ).
(٣) ينظر الأم للشافعى ٣/ ١٩٦، ومختصر المزنى ٢/ ٢٢٤، ومغنى المحتاج ٢/ ١٧٧ - ١٨٠، وبدائع الصنائع فى ترتيب الشرائع ٦/ ٤٠.
(٤) ينظر روضة الطالبين ٤/ ١٩٨، المحلى ٨/ ١٦٠.
(٥) ينظر البدائع ٦/ ٤٠، والمغنى لابن قدامة ٤/ ٥٢٧.
(٦) ينظر الشامل خ.
(٧) أخرجه أبو يعلى فى المسند ٤/ ٣٦ (٢٠٤٠) من حديث جابر بن عبد الله بلفظ [كل معروف صدقة، وما أنفق الرجل على أهله وماله كتب له صدقة، وما وقى عرضه فهو له صدقة...] وذكره الهيثمى فى مجمع الزوائد ٣/ ١٣٩ وقال فى إسناد أبى يعلى مسور بن الصلت وهو ضعيف.

البيع، وجب أن يكون مخالفًا لحكم البيع، ولو كان لا يجوز إلا بعد الإقرار، لكان بيعًا محضًا، ولم يكن لاختصاصه باسم الصلح معنى.

ولأن الاعتبار فى الأصول بالآخذ دون الباذل؛ ألا ترى أن شاهدًا لو شهد على رجل بعتق عبده، فردت شهادته، ثم ابتاعه الشاهد منه - حل له أخذ ثمنه؛ لاعتقاد إحلاله، وإن كان الباذل معتقدًا لتحريمه؟! فكذلك الصلح، يحل للآخذ، وإن كان الباذل منكرًا.

ولأن فى المنع من الصلح مع الإنكار منعًا من الصلح بكل حال؛ لأنه يبعد الصلح مع الإقرار؛ فلم يبق له محل إلا مع الإنكار.

ودليلنا: قوله - تعالى -: ﴿وَلَا تَأْكُلُوٓاْ أَمْوَٰلَكُم بَيْنَكُم بِٱلْبَٰطِلِ﴾ [البقرة: ١٨٨]، والصلح مع الإنكار من أكل المال بالباطل؛ لأنه لم يثبت له حق يجوز أن يعاوض عليه(١).

وروى: أن النبى ﷺ قال لبلال بن الحارث: «يَا بِلَال، اعْلَمْ أَنَّ الصُّلْحَ جَائِزٌ بَيْنَ الْمُسْلِمِينَ إِلَّا صُلْحًا حَرَّمَ حَلَالًا، أَوْ أَحَلَّ حَرَامًا»(٢).

وهذا المدعى لا يخلو: إما أن يكون كاذبًا، أو صادقًا، فإن كان كاذبًا، فهذا الصلح الذى يصالح به يحُل له ما هو حرام عليه. وإن كان صادقًا، فإنه يستحق جميع ما يدعيه، فإذا أخذ بعضه بالصلح، فالصلح يحرم عليه الباقى الذى كان حلالًا له؛ فوجب ألا يجوز، هكذا ذكر الشيخ أبو حامد؛ لأن البيع لا يجوز مع الإنكار، وهو أن يدعى عينًا فى يد غيره - فينكره، فيبيعها من غيره، فإن البيع لا يصح؛ فكذلك الصلح.

ولأنه صلح على مجرد الدعوى؛ فوجب أن يكون باطلًا؛ كما لو ادعى قتل عمد، فصولح عليه مع الإنكار.

ولأنه اعتاض عن حق لم يثبت له؛ فوجب ألا يملك عوضه. أصله: إذا ادعى وصية فصولح بمال.

ولأنه صالح من لم يعلم صدقه؛ فوجب ألا يصح كما لو علم كذبه.

---

(١) ينظر الحاوى ٦/٣٦٩ .

(٢) تقدم .

ولأنه نوع معاوضة لا يصح مع الجهالة؛ فوجب ألا يصح مع الإنكار، كالبيع.
ولأن الصلح لما لم يجز على مجهول الوصف، فأولى ألا يجوز على مجهول العين.

ولأن المبذول بالصلح لا يخلو من أربع أحوال:
إما أن يكون مبذولًا لكف الأذى.
أو يكون مبذولًا لقطع الدعوى.
أو يكون مبذولًا للإعفاء من اليمين.
أو يكون مبذولًا للمعاوضة.

فلم يجز أن يكون مبذولًا لدفع الأذى؛ لأنه من أكل المال بالباطل.

ولم يجز أن يكون لقطع الدعوى؛ لما فيه من اعتبار ما يمنع من الربا وهو: إذا كان الحق ألفًا لم يجز أن يصالحه على أكثر منها، ولو كان دراهم صولح عليها بدنانير، لم يجز أن يفارقه قبل قبضها، ولو كان لقطع الدعوى لجاز الافتراق.

ولم يجز أن يكون للإعفاء من اليمين؛ لما ذكرنا من الأمرين؛ فثبت أنه مبذول للمعاوضة، والمعاوضة تصح مع الإقرار وتبطل مع الإنكار؛ لأن ما لم يجب من الحقوق لم يجز المعاوضة عليه.

فأما الجواب عن استدلالهم بالآية، فهو أنها مخصوصة بما ذكرنا فى الدلائل.

وأما الجواب عن استدلالهم بقوله - عليه السلام -: «كُلُّ مَالٍ وَقَى الْمَرْءُ بِهِ عِرْضَهُ فَهُوَ صَدَقَةٌ»[1]، فهو أن يكون المقصود به البر؛ لأن بذل المال لا يخلو المقصود به من ثلاث أحوال:
إما أن يقصد به القربة، وهو الصدقة.
أو الصلة، وهو الهبة.
أو المعاوضة، وهو البيع.

وليس مال الصلح مقصودًا به البر ولا الصلة؛ فثبت أن المقصود به المعاوضة، والخبر لا يتناول المعاوضة؛ فلم يكن فيه دلالة.

وأما الجواب عن قياسهم على المقر، فهو أن المعنى فى المقر: أن العوض

---

(١) تقدم.

مأخوذ عما ثبت له؛ فصح، وفى المنكر عما لم يثبت له؛ فلم يصح.

فأما الجواب عن استدلالهم بأن اختلاف الأسامى يوجب اختلاف المعانى؛ فاقتضى أن يكون الصلح مخالفًا للبيع - فهو أن البيع مخالف للصلح من وجهين:

أحدهما - أن الصلح فى الغالب يكون بعد التنازع والمخاصمة، والبيع بخلافه.

والثانى - أن المقصود بالصلح الإرفاقُ، وبالبيع المعاوضة.

فكان افتراقهما من هذين الوجهين، لا من حيث ما ذكر من الإقرار والإنكار.

وأما الجواب عن استدلالهم بأن الاعتبار بالآخذ دون الباذل؛ كالشاهد - فهو أنه ليس بصحيح، والشاهد إنما كان له ابتياع من شهد بعتقه؛ لأنه كان محكومًا برقه لبائعه، وإن قصد مشتريه استنقاذه من رقه، كما أن قصد من اشترى عبدًا مسلمًا من كافر استنقاذُهُ من أسره.

وأما الجواب عن استدلالهم بأن المنع من الصلح مع الإنكار يفضى إلى المنع من الصلح بكل حال - فغلط؛ لأن المقر له قد يصالح أيضًا: إما لكون المقر غاصبًا بيده، وإما لكونه مماطلًا بحقه، ويرى أن يتعجل قبض البعض بالصلح، ولا يمنع من الكل بالغصب أو المطل.

فرع: فإذا ثبت أن الصلح مع الإنكار لا يجوز، فلو صالحه مع إنكاره كان الصلح باطلًا ولزم رد العوض، ولم يقع الإبراء، حتى لو صالحه من ألف درهم قد أنكرها على خمسمائة درهم، وأبرأه من الباقى - لزمه فى الحكم رد ما قبض، ولم يبرأ مما بقى، حتى لو أقام بالألف بينة عادلة، كان له استيفاء جميعها، وإنما كان كذلك؛ لأن ما قبضه بالصلح الفاسد لا يملكه كالمقبوض بالبيع الفاسد، والإبراء كان مقرونًا بملك ما صالح به، فلما لزمه رده؛ لعدم ملكه، بطل إبراؤه؛ لعدم صفته. وكمن باع عبدًا بيعًا فاسدًا، فأذن لمشتريه فى عتقه، فأعتقه المشترى بإذنه لم يعتق؛ لأن إذنه - إنما كان مضمونًا بملك العوض، فلما لم يملكه بالعقد الفاسد، لم يعتق عليه بالإذن[1].

قال ابن الصباغ: ومن أصحابنا من قال: إذا صالحه، ثم أبرأه - فقد اعتقد أن الصلح صحيح، وأنه برئ، فإذا بان بخلاف ذلك لم تلزمه البراءة، ويخالف إذا أذن

---

(١) ينظر الحاوى ٦/ ٣٧٠ - ٣٧١ .

فى إعتاق عبده، فأعتقه - فإنه ينفذ؛ لأنه لم يعلقه بشرط، وهاهنا كانت البراءة بشرط العوض[(١)].

وذكر صاحب «البيان»: أن عدم لزوم البراءة إنما هو فى حالة ما إذا لم يعلم المدعى بفساد الصلح، فأما إذا علم بفساد الصلح، فأبرأ - صحت براءته. قال: وهذا كما نقول فى رجل اشترى عبدًا شراءً فاسدًا، فقال البائع للمشترى: أعتق هذا العبد، ولم يعلم البائع بفساد البيع، فأعتقه - قال الشيخ أبو حامد: لم يصح العتق؛ لأن البائع لم يأمره بإعتاقه عن نفسه، وإنما أمره أن يعتقه بظنٍّ أنه قد ملكه بالشراء. وإن علم البائع بفساد البيع، فأمر المشترى بإعتاقه، فأعتقه - صح العتق.

قال الماوردى: فإن قيل: أفيسع صاحب الحق أن يأخذ ما بذل له بالصلح مع الإنكار إذا كان محقًا؟

قيل: يسعه ذلك، ويجوز فيما بينه وبين الله - تعالى - فأما فى ظاهر الحكم فيجب عليه رده[(٢)].

وذكر ابن الرفعة أن الذى ذهب إليه العراقيون: أنه لو صرح بعد وقوع الصلح مع الإنكار بالإبراء من الباقى - لم يصح.

وفى ابن يونس و «حلية» الشاشى حكاية وجه فى صحته، وقد وافق المراوزة العراقيين فى مسألتين، وخالفوهم فى مسألتين:

فإحدى الأوليين - إذا صالح على غير المدعى.

والثانية - أن يدعى عليه ألفًا فى ذمته، ثم يصالحه على خمسمائة فى الذمة.

فإن قيل: قد حكيتم فيما لو جرى مثل هذا الصلح مع الاعتراف بالألف: أن الصلح صحيح، ويكون بمعنى الإبراء، وأنه لا يفتقر إلى القبول - على رأى - فينبغى على هذا الرأى أن تبرأ ذمة المدعى عليه من القدر الذى حصل منه الإبراء؛ حتى لو قامت عليه بينة بعد ذلك بالألف لا يطالب إلا بخمسمائة؛ كما لو صرح بإبرائه من الألف الذى أنكره، وقلنا: لا يفتقر إلى القبول؟

فالجواب عنه من وجهين:

أحدهما - ما قاله الماوردى وغيره -: أن الإبراء فى هذه الصورة مقرون بملك ما

(١) ينظر شرح المختصر للقاضى أبى الطيب خ، والشامل لابن الصباغ خ .

(٢) ينظر الحاوى ٦/ ٣٧١ .

صالح به، فلما لزمه رده؛ لعدم ملكه - بطل إبراؤه؛ لعدم صفته؛ كمن باع عبدًا بيعًا فاسدًا، فأذن لمشتريه فى عتقه، وأعتقه المشترى بإذنه - لم ينفذ.

والثانى - يؤخذ مما حكاه الجيلى -: أن من شرط الإبراء من الخمسمائة فى حال الاعتراف - قبض الخمسمائة الأخرى، وقد انتفى الشرط هنا؛ فلا جرم انتفت صحة البراءة.

وإحدى المسألتين الأخريين: أن يصالح من العين على بعضها، ففى صحة الصلح على قولنا بالصحة فى حال الإقرار وجهان:

أحدهما - وبه قال القفال -: نعم؛ لأن المتعاقدين متوافقان بعد العقد على أن النصف مستحق للمدعى، والنصف الآخر للمدعى عليه؛ لأن المدعى يزعم أنه يملك الجميع، وأنه ملك نصف المدعى عليه هبة، والمدعى عليه يزعم مثل ذلك، والاختلاف فى جهة ملك العين لا يقدح فى الاستحقاق.

والثانى - لا؛ كما لو كان على غير المدعى.

ولأن الدافع والقابض مهما اختلفا فى الجهة، كان القول قول الدافع، وإذا كان كذلك فالدافع يقول: إنما بذلت النصف؛ لدفع الأذى، حتى لا يرفعنى إلى القاضى، ولا يقيم علىَّ بينة.

والثانية - إذا ادعى ألفًا، فصالحه على خمسمائة معينة - فهو ينبنى على المسألة قبلها، فإن منعنا ثَمَّ، فهاهنا أولى، وإلا فوجهان:

أحدهما - أن الحكم كذلك، ويقدر كأن المدعى عليه وهبه الخمسمائة بزعمه، والمدعى يقبضها؛ لأنها من حقه، وأنه أبرأه من حقه.

والثانى - لا، والفرق: أن ما فى الذمة ليس ذلك العين، وفى الصلح عليه معنى المعاوضة، ولا يمكن تصحيحه معاوضة مع الإنكار. وقد اتفق الناقلون على أن هذا أصح[1].

قال الماوردى: فلو ادعى عليه ألفًا، فأنكرها، ثم أبرأه منها قبل ثبوتها عليه ببينة أو إقرار - برئ منها؛ لأن الإبراء إذا لم يكن عن عقد صلح، كان مطلقًا؛ فصح. وإذا كان عن عقد صلح، كان مقيدًا بصحته؛ فبطل ببطلانه.

---

(١) ينظر الكفاية لابن الرفعة خ .

ولكن لو لم يبرئه منها بلفظ الإبراء، وقال: قد حططتها عنك - ففيه وجهان لأصحابنا:

أحدهما - أنه قد سقطت المطالبة بها وبرئ منها؛ لأن الحطيطة أحد ألفاظ الإبراء.

والثاني - أن المطالبة باقية، ولا يبرأ من شيء؛ لأن الحطيطة إسقاط، وإسقاط الشيء إنما يصح بعد لزومه[1].

فرع - وإن ادعى عليه ألفًا في ذمته، فأقر له بها، فصالحه عنها صلح حطيطة، وأبرأه على خمسمائة، فإن قبض منها خمسمائة، وأبرأه من الباقي، ثم خرجت الخمسمائة التي قبضها مستحقة - قال الشيخ أبو حامد: فإنه يرجع عليه بالخمسمائة التي أخذها، والإبراء صحيح؛ لأنه لم يبرئه ليسلم له ما قبض، بل أبرأه من حق هو مقر له به، والإبراء صادف حقه المقر به، فنفذ ذلك، ولم يتعلق بسلامة ما قبضه، وعدم سلامته.

قال الماوردي: وإنما كان كذلك؛ لأن ما في الذمم من الحقوق إذا أخذ به مال معين، لم يتعين فيه إلا بأحد أمرين:

إما الاستقرار بالقبض باستقرار الملك.

وإما لتعيينه بعقد لازم.

وهذا النوع من الصلح هو إبراء، وليس بعقد من عقود المعاوضات اللازمة؛ فغلب حكم الإبراء في صحة الصلح، ولم يغلب حكم المعاوضة في إبطال الصلح.

فرع: إذا أقر المدعى عليه بالحق، ثم أنكر، جاز الصلح.

وإن أنكر، فصولح، ثم أقر - كان الصلح باطلًا؛ لأن الإقرار المتقدم لا يبطل بالإنكار الحادث؛ فصح الصلح إذا أنكر بعد إقراره؛ لوجوده بعد لزوم الحق. ولم يصح الصلح إذا كان عقيب إنكاره وقبل إقراره؛ لوجوده قبل لزوم الحق.

فرع: فلو أنكر الحق، فقامت عليه بينة عادلة - جاز الصلح عليه؛ للزوم الحق بالبينة كلزومه بالإقرار[2].

---

(١) ينظر الحاوي ٦/ ٣٧١ - ٣٧٢.

(٢) ينظر الحاوي ٦/ ٣٧٢.

فرع: إذا ادعى عليه عينًا، فصالحه منها على عوض، ثم اختلفا، فقال المدعى: إنما صالحت منها على الإنكار؛ فالصلح باطل، ولى الرجوع إلى أصل الخصومة. وقال المدعى عليه: لا، بل كنت أقررت لك بها أولًا، ثم أنكرت، ثم صالحت منها - قال الشيخ أبو حامد: فالقول قول المدعى؛ لأن الأصل هو الصلح مع الإنكار الذى قد عرف إلى أن تقوم البينة بإقراره بها قبل ذلك.

فرع: وإن ادعى رجل على رجل حقًّا، فأنكر، فجاء أجنبى إلى المدعى، وقال: أنت صادق فى دعواك، فصالحنى عليه - فلا يخلو: إما أن يكون المدعى دينًا، أو عينًا:

فإن كان المدعى دينًا، نظرت:

فإن صالحه عن المدعى عليه، صح الصلح؛ لأنه إن كان أذِنَ لهُ فى ذلك، فهو وكيله، والتوكيل فى الصلح جائز. وإن لم يوكله، فقد قضى عن غيره دينًا، ويجوز للإنسان أن يقضى عن الغير دينه بغير إذنه[1]؛ لماروى أن عليًّا وأبا قتادة قضيا دينًا عن الميت[2].

وفى «الحاوى» حكاية وجه: أنه لا بد مع اعتراف الأجنبى أن يقول: وقد أقرَّ به عندى.

فإذا أخذ المدعى المال، ملكه، وانقطعت دعواه، وهل للأجنبى أن يرجع على المدعى عليه بما دفع؟ ينظر فيه:

فإن صالح عنه بإذنه، ودفع بإذنه - رجع عليه.

وإن صالح بغير إذنه، ودفع بغير إذنه - فلا رجوع له.

وإن صالح بإذنه، ودفع بغير إذنه - لم يرجع عليه بشىء؛ لأنه متطوع بالدفع، وكان بمنزلة رجل وكل رجلًا فى أن يشترى له شيئًا، فاشتراه له، ثم دفع ثمنه من عنده بغير إذنه - فإنه لا يرجع عليه، وهذا ما ذكره العمرانى وابن الصباغ، وجزم به المحاملى والقاضى أبو الطيب.

وحكى البندنيجى فى الرجوع فى هذه الصورة وجهين كالوجهين فيما إذا ضمن

---

(١) ينظر الكفاية خ .

(٢) تقدم .

بالإذن، وأدى بالإذن، ولم يشترط الرجوع - فالجمهور على أنه يرجع، وبه جزم ابن الصباغ وغيره، وحكى الماوردى فيه وجهين.

قال ابن الرفعة: ثم لا فرق فيما ذكرناه بين أن يصالح الأجنبى بغير إذن من مال نفسه على جنس المال المدعى أو على غيره؛ كما صرح به المحاملى وأبو الطيب.

وحكى الإمام والقاضى الحسين فيما إذا صالح على جنس المدعى به - وجهًا: أن الصلح لا يصح كما فى العين، وقال الإمام: إنه بعيد.

وعلى الأصح: لو صالح على غير الجنس المدعى به، هل يصح؟ فيه وجهان حكاهما هاهنا وقال: إن الأظهر منهما الصحة، وهو ما قال فى أواخر كتاب الرهن: إنه المذهب.

فعلى هذا: إذا كان فى صورة يثبت له الرجوع فيها، فإن كان المصالح به أكثر من المدعى، لم يرجع بالقدر الزائد، وإن كان مثله رجع به، وإن كان دونه فوجهان:

أحدهما - يرجع بقيمة ما بذله.

والثانى - بقدر الدين[1].

فرع: إن صالح الأجنبى؛ ليكون الدين له، كأن قال: أنت صادق فى دعواك، فصالحنى عنه؛ لأطالبه أنا - قال ابن الصباغ: فإن هذا لا يجوز[2]؛ لأنه يشترى ما لا يقدر على قبضه.

ومن أصحابنا من قال: فيه وجهان[3] كبيع الدين، وهذا لا يشبه ذلك؛ لأن بيع الدين فى ذمة المقر فيه وجهان، وأما المنكر فهو بمنزلة بيع العين المغصوبة ممن لا يقدر على قبضها[4].

قال العمرانى: وإلى هذا أشار الشيخ أبو حامد.

أما المصنف فقد حكى هاهنا وجهين؛ بناء على جواز بيع الدين من غير من هو عليه، وقد حكاهما - أيضًا - أبو الطيب فى تعليقه.

وذكر ابن الرفعة أن مقتضى هذين الوجهين: أن يكون الأظهر منهما عند المصنف

---

(١) ينظر الكفاية خ .
(٢) ينظر شرح المحلى وحاشية القليوبى ٢/ ٣١٠ .
(٣) ينظر شرح المختصر للقاضى أبى الطيب خ .
(٤) ينظر مغنى المحتاج ٢/ ١٨١، والشامل خ .

الصحة؛ كما قال: إن الأظهر صحة بيع الدين من غير من هو عليه.

وقد قال المحاملى: إنه ليس بشىء.

فعلى هذا: ينبغى أن يشترط فى صحة العقد اعتراف المشترى بقدرته على الانتزاع[١].

فرع: وإن كان المدعى عينًا، فإن صالح عن المدعى عليه، بأن يقول للمدعى: المدعى عليه مقر لك بها فى الباطن، وقد وكلنى فى مصالحتك، فصالحه عنه - صح الصلح، وبه جزم القاضى أبو الطيب؛ لأن الاعتبار بالمتعاقدين، وقد اتفقا على ما يجوز العقد عليه، فإذا صالحه ملك المدعى ما يأخذه، وانقطع حقه من العين، وهل يملك المدعى عليه العين المدعى بها؟ ينظر فيه:

فإن كان قد وكل الأجنبى ملك العين، وإن كان الأجنبى قد دفع العوض من مال نفسه بإذن المدعى عليه، رجع عليه، وإن دفع بغير إذنه لم يرجع عليه؛ لأنه متطوع؛ لأنه إنما أذن له فى العقد دون الدفع.

وإن كان المدعى عليه لم يوكل الأجنبى فى الصلح، فهل يملك العين؟ فيه وجهان:

المنصوص: أنه لا يملكها.

وحكى أبو على فى «الإفصاح»: أنه يملكها؛ كما قال الشافعى - رحمه الله -: «إذا اشترى رجل أرضًا وبناها مسجدًا، وجاء رجل، فادعاها -: فإن صدقه لزمه قيمتها، وإن كذبه، فجاء رجل من جيران المسجد، فصالحه - صح الصلح؛ لأنه بذل مالًا على وجه البر.

وهذا ليس بصحيح؛ لأنه لا يجوز أن يملِّك غيره بغير ولاية ولا وكالة.

فعلى هذا: يكون الصلح باطلًا فى الباطن، صحيحًا فى الظاهر.

وأما المسألة المذكورة فى المسجد: فلا تشبه هذه؛ لأن الواجب على المدعى عليه القيمة؛ لأنه قد وقفها، ويجوز الصلح عما فى ذمة غيره بغير إذنه، لا أنا نحكم بملكه الأرض، ويحمل على أنه عرف القيمة فصالح عنها.

وأما إذا صالح الأجنبى عن العين لنفسه، فإنما يصح إذا كان قال: أنا أعلم أنك

---

(١) ينظر الكفاية خ .

صادق، وهى لك، فصالحنى عنها؛ فإنى قادر على انتزاعها من يد المنكر - فيصح حينئذ الصلح[1]؛ كما يصح أن يبتاع شيئًا فى يد غاصب، ثم ننظر: فإن قدر على انتزاعها، انتزعها، واستقر الصلح. وإن لم يقدر على ذلك، كان له فسخ العقد؛ لأنه لم يسلم له المعقود عليه[2]؛ كمن ابتاع عينًا فى يد غاصب، ولم يقدر على انتزاعها[3].

وإن قال الأجنبى للمدعى: المدعى عليه منكر ذلك، ولكن صالحنى عما ادعيت؛ لتكون العين له - فهل يصح الصلح؟ قال المسعودى: فيه وجهان:

الصحيح: أنه لا يصح؛ كما لو صالح المدعى عليه مع الإنكار.

والثانى - يصح؛ لأن المتعاقدين تقارّا على أنه للمدعى.

إذا ثبت هذا: فإن كان المدعى عليه قد وكل الأجنبى فى أن يصالح عنه، فهل يصح هذا التوكيل وهذا الصلح فيما بينه وبين الله تعالى؟ اختلف أصحابنا فيه:

فقال أبو العباس: لا يجوز له الإنكار؛ لأنه كاذب، إلا أنه يجوز له بعد ذلك أن يوكل؛ ليصالح عنه على ما ذكرناه.

وقال أبو إسحاق: لا يجوز له ذلك، بل يلزمه الإقرار به لصاحبه، ولا يجوز له الوكالة للمصالحة عنه إذا غصب العين، أو اشتراها من غاصب وهو يعلم ذلك.

وقد ذكر ابن الرفعة: أن المحكى عن أبى إسحاق هاهنا: أن الوكالة لا تجوز فى الباطن مع الإنكار فى الظاهر، وقد يفهم من هذا عدم صحة الوكالة والصلح، كما فهمه ابن يونس وصرح بحكايته، وأشار إليه الشاشى، وصاحب «المرشد».

ويقال: ينبغى على هذا أن يكون الحكم كما لو لم يكن قد وكله.

وقد يفهم: أن المراد بعدم الجواز عدم الحل، لا عدم الصحة، كما صرح به المتولى، ويعضده أن الناقلين لهذا القول عنه جزموا بصحة ملك المنكر للعين المدعاة فى الباطن إذا كان قد وكله، ولو كان المراد عدم الصحة، لكان الحكم كما لو لم يكن قد وكله[4].

---

(١) ينظر فتح العزيز ١٠/ ٣٠٥ وروضة الطالبين ٤/ ٢٠١ .

(٢) ينظر مغنى المحتاج ١/ ٢٨١ .

(٣) ينظر الشامل خ .

(٤) ينظر الكفاية خ .

فرع: فأما إذا مات أبواه، أو من يرثه، وخلف هذه العين له، فجاء رجل، فادعاها، وأنكره ولا يعلم صدقه، وخاف من اليمين، وخاف إن أقر بها للمدعى أن يأخذها - فيجوز له أن يوكل الأجنبى فى الصلح على ما بيناه؛ لتزول عنه الشبهة.

فرع: إذا صالح الأجنبى عن المدعى عليه بعوض بعينه، فوجد المدعى بالعوض الذى قبضه من الأجنبى عيبًا - كان له رده بالعيب، ولا يرجع ببدله عليه، ولكن ينفسخ عقد الصلح، ويرجع إلى خصومة المدعى عليه.

وكذلك إذا خرج العوض مستحقًا؛ كما لو ابتاع من رجل عينًا، فوجد فيها عيبًا، فردها، أو خرجت مستحقة - فإنه لا يطالبه ببدلها.

وإن صالحه على دراهم أو دنانير فى ذمته، ثم سلم إليه دراهم أو دنانير، فوجد بها عيبًا، فردها، أو خرجت مستحقة - فله أن يطالبه ببدلها، كما قلنا فى البيع.

فرع: وإن ادعى عينًا فى يد رجل، فأنكرها المدعى عليه، فقال المدعى: أعطيك ألف درهم، وأقر لى بها، ففعل - لم يكن صلحًا، ولم تلزم الألف، وبذله حرام، وأخذه حرام، وهل يكون إقرارًا؟ فيه وجهان، حكاهما الطبرى فى «العدة».

فرع: واعلم أن صورة الصلح مع الإنكار - بالاتفاق -: أن يدعى عليه دينًا مبلغه ألف - مثلًا - أو عينًا، فينكر، ثم يقول: صالحنى عن دعواك الكاذبة. ولو قال: صالحنى عن الألف أو العين، فالحكم كذلك عند العراقيين، وكذا عند المراوزة، على الأصح.

وعلى وجه: يجعل بذلك مقرًّا؛ فيكون الصلح الواقع بعده صلحًا مع الإقرار[١].

ووجه عدم كون ذلك إقرارًا من المدعى عليه: أن الصلح قد يراد به المعاوضة، وقد يراد به قطع الخصومة والدعوى، فإذا احتملهما لم نجعله إقرارًا.

ولو قال: بعنى أو هَبْنى، فهو إقرار عند المراوزة والقاضى أبى الطيب؛ كما لو قال: ملِّكنى، وهو الذى صَحَّحَهُ ابن الصباغ وغيره، وهو قول أبى حنيفة - رحمه الله - لأن قوله: بعنى، وملكنى - يتضمن الإقرار بالملك.

وقال الشيخ أبو حامد: هو كما لو قال: صالحنى[٢].

---

(١) ينظر الكفاية خ .
(٢) ينظر الكفاية خ .

فلا يكون إقرارًا؛ لأن الصلح والبيع بمعنى واحد، فإذا لم يكن قوله: صالحنى، إقرارًا؛ فكذلك قوله: بعنى.

ولو قال: آجرنى أو أعرنى، ففيه خلاف مرتب، وأولى بألا يكون إقرارًا، وهو الذى جعله فى «الإشراف» فى مسألة الإجارة أقيس.

ولو قال: أبرئنى من الدين، كان إقرارًا.

ولو قال: أبرئنى من المال، فكذلك، على الأصح.

وفى «الإشراف»: أن ابن القاص حكى عن بعض أصحابنا: أنه ليس بإقرار؛ لأن الله قال: ﴿فَبَرَّأَهُ اللَّهُ مِمَّا قَالُوا﴾ [الأحزاب: ٦٩]، وموسى لم يكن آدر، وتبرئته من عيب الأدرة، لم يعن إثبات الأدرة[1].

قال المصنف - رحمه الله تعالى -:

(فصل) وإن أخرج جناحًا إلى طريق، لم يخل إما أن يكون الطريق نافذًا، أو غير نافذ، فإن كان الطريق نافذًا؛ نظرت: فإن كان الجناح لا يضر بالمارة، جاز، ولم يعترض عليه.

واختلفوا فى علته، فمن أصحابنا من قال: يجوز؛ لأنه ارتفاق بما لم يتعين عليه ملك أحد من غير إضرار؛ فجاز؛ كالمشى فى الطريق.

ومنهم من قال: يجوز؛ لأن الهواء تابع للقرار، فلما ملك الارتفاق بالطريق من غير إضرار، ملك الارتفاق بالهواء من غير إضرار.

فإن وقع الجناح، أو نقضه، وبادر من يحاذيه، فأخرج جناحًا يمنع من إعادة الجناح الأول؛ جاز؛ لأن الأول ثبت له الارتفاق بالسبق إلى إخراج الجناح، فإذا زال الجناح، جاز لغيره أن يرتفق؛ كما لو قعد فى طريق واسع، ثم انتقل عنه.

(فصل) فإن صالحه الإمام عن الجناح على شىء، لم يصح الصلح لمعنيين:

أحدهما: أن الهواء تابع للقرار فى العقد، فلا يفرد بالعقد، كالحمل.

والثانى: أن ذلك حق له، فلا يجوز أن يؤخذ منه عوض على حقه، كالاجتياز فى الطريق.

وإن كان الجناح يضر بالمارة، لم يجز.

---

(١) ينظر الكفاية خ .

وإذا أخرجه، وجب نقضه؛ لقوله ﷺ: «لا ضرر ولا إضرار» ولأنه يضر بالمارة فى طريقهم، فلم يجز، كالقعود فى المضيق. وإن صالحه الإمام من ذلك على شىء، لم يجز لمعنيين:

أحدهما: أن الهواء تابع للقرار، فلا يفرد بالعقد.

والثانى: أن ما منع منه للإضرار بالناس، لم يجز بعوض؛ كالقعود فى المضيق، والبناء فى الطريق.

(فصل) ويرجع فيما يضر، وفيما لا يضر إلى حال الطريق، فإن كان الطريق.

لا تمر فيه القوافل، ولا تجوز فيه الفوارس؛ لم يجز إخراج الجناح إلا بحيث يمر الماشى تحته منتصبًا؛ لأن الضرر يزول بهذا القدر، ولا يزول بما دونه.

وإن كان الطريق تمر فيه القوافل، وتجوز فيه الفوارس، لم يجز إلا عاليًا بمقدار ما تمر العمارية تحته، ويمر الراكب منتصبًا.

وقال أبو عبيد بن حربويه: لا يجوز حتى يكون عاليًا يمر الراكب ورمحه منصوب؛ لأنه ربما ازدحم الفرسان، فيحتاج إلى نصب الرماح، ومتى لم ينصبوا تأذى الناس بالرماح، والأول هو المذهب؛ لأنهم يمكنهم أن يضعوا أطرافها على الأكتاف غير منصوبة، فلا يتأذوا.

(فصل) وإن أخرج جناحًا إلى دار جاره من غير إذنه لم يجز.

واختلف أصحابنا فى تعليله: فمنهم من قال: لا يجوز؛ لأنه ارتفاق بما تعين مالكه، فلم يجز بغير إذنه من غير ضرورة، كأكل ماله.

ومنهم من قال: لا يجوز؛ لأن الهواء تابع للقرار، والجار لا يملك الارتفاق بقرار دار الجار، فلا يملك الارتفاق بهواء داره، فإن صالحه صاحب الدار على شىء؛ لم يجز؛ لأن الهواء تابع، فلا يفرد بالعقد.

(فصل) وإن أخرج جناحًا إلى درب غير نافذ؛ نظرت: فإن لم يكن له فى الدرب طريق، لم يجز؛ لما ذكرناه فى دار الجار.

وإن كان له فيه طريق، ففيه وجهان:

أحدهما: يجوز، وهو قول الشيخ أبى حامد الإسفراينى؛ لأن الهواء تابع للقرار، فإذا جاز أن يرتفق بالقرار بالاجتياز، جاز أن يرتفق بالهواء بإخراج الجناح.

والثانى: لا يجوز، وهو قول شيخنا القاضى أبى الطيب - رحمه الله -؛ لأنه

موضع تعين مُلّاكه، فلم يجز إخراج الجناح إليه كدار الجار، فإن صالحه عنه أهل الدرب، فإن قلنا: يجوز إخراج الجناح، لم يجز الصلح، لما ذكرناه فى الصلح على الجناح الخارج إلى الشارع.

وإن قلنا: لا يجوز إخراجه، لم يجز الصلح؛ لما ذكرناه فى الصلح على الجناح الخارج إلى دار الجار.

(الشرح) قوله: «لقوله ﷺ لا ضرر ولا ضرار» تقدم مراراً.

قوله: «أبو عبيد بن حربويه»[١] هو بضم الباء الموحدة - على وزن سعدويه - من كبار القضاة، وأجلة الفقهاء، من أصحاب أبى ثور، والسالك لسبيله، والمحتذى على تمثيله، والنائب عنه فى إقامة المجالس، والانتصاب للفتوى والتدريس. وكانت الخلفاء العباسية ترفع مجلسه، وتسترجح قدره، وترضاه للقضاء بين المسلمين، فكان يتقلد القضاء مرة، ويستعفى أخرى. وله اختيارات تفرد باستنباطها، وهى فى أثناء التعاليق سائرة، وفى شواهد المذهب معدودة. مات سنة تسع عشرة وثلاثمائة.

قوله: «وإن أخرج جَنَاحًا»[٢]، الجَنَاحُ: بناء مُعَلَّقٌ بِخُشُبٍ، خارج عن الدار، مُشَبَّهٌ بِجَنَاح الطائر.

قوله: «الارتفاق»، الارتفاق: الانتفاع، ارتفق بالشىء: انتفع به، وقد تقدم.

قوله: «الاجتياز»[٣] هو السلوك، جاز يجوز واجتاز: إذا مشى وسلك فى الطريق، قال الراجز:

خَلُّوا الطَّرِيقَ عَنْ أَبِى سَيَّارَه   حَتَّى يُجِيزَ سَالِمًا حِمَارَه[٤]

قوله: «القافلة»: هى عند أهل اللغة الرفقة الراجعة من السفر، والقفول الرجوع يقال: قفل يقفل بضم القاف.

قال ابن قتيبة: من غلط العامة قولهم القافلة للرفقة فى السفر ذاهبة كانت أو راجعة

(١) تنظر ترجمته فى تاريخ بغداد ١١/ ٣٩٥ - ٣٩٨ والنجوم الزاهرة ٣/ ٤٤٦ وشذرات الذهب ٢/ ٢٨١ وطبقات الشيرازى ٩٠ وابن هداية ٥٣ والعبادى ٦٨ والإسنوى ١/ ١٩٢ وابن قاضى شهبة ١/ ٥٧، ٥٨ وتهذيب الأسماء واللغات ٢/ ٢٥٨، ٢٥٩ .

(٢) ينظر: النظم (١/ ٢٧٣) .

(٣) ينظر السابق

(٤) الرجز بلا نسبة فى الصحاح (جوز)، واللسان (جوز)، (سير)، والتاج (سير، جوز)، ومعجم البلدان (ثبير) .

وإنما القافلة الراجعة من السفر، ولا يقال للخارجة قافلة حتى تصدر، ولو قال المصنف: وهو «أن يتلقى الجلب» كما جاء في الحديث لكان أصوب، وكأنه سماها قافلة مجازًا باسم ما يصير إليه[١].

قوله: «إلى شارع»[٢]، الشارع: الطريق الأعظم، وأصله: من مشرعة الماء، وهي: طريق الواردة[٣]، والشارع أيضًا: ما كان نافذ الطرفين، والزقاق: ما ليس بنافذ وكذلك الدرب. قال الجوهري: الزُّقَاقُ: السكة يُذكر ويؤنث، والجمع: الزقاق والأزقة، مثل غراب وأغربة[٤].

الأحكام: إذا أراد أن يخرج جناحًا على طريقٍ نافذةٍ، فلا يخلو حال الجناح من أن يكون مضرًا بالمارة، أو غير مضر:

فإن كان الجناح الخارج غير مضر بالمارة والمجتازين، ترك على حاله، ولم يكن لأحد من المسلمين أن يعترض عليه فيه؛ لما روى عن عمر بن الخطاب - رضى الله عنه - أنه مر بدار العباس بن عبد المطلب - رضى الله عنه - فقطر عليه من ميزابه ماء؛ فأمر بقلعه، فخرج إليه العباس - رضى الله عنه - وقال: قلعت ميزابًا نصبه رسول الله ﷺ بيده، فقال عمر: «وَاللهِ، لَا يُعَاد إِلَّا عَلَى ظَهْرِى» فركب العباس ظهره، وأعاد الميزاب فى موضعه[٥].

---

(١) ينظر: تحرير الشبيه ص (٢٠٧، ٢٠٨).
(٢) ينظر: النظم (١/ ٢٧٣).
(٣) فى الصحاح: وهو مورد الشاربة، وفى والمحكم (١/ ٢٢٧): الموضع الذى ينحدر إلى الماء منها.
(٤) ينظر: الصحاح والمصباح واللسان (زقق).
(٥) أخرجه أبو داود (٤٠٦ - مراسيل) من طريق أبى هارون المدنى قال كان فى دار العباس ميزاب.. فذكره ورواه عبد الرزاق فى المصنف (١٥٢٦٤) والبيهقى فى السنن الكبرى (٦/ ٦٧) من طريق ابن عيينة ورواه أحمد ١/ ٢١٠ وابن سعد ٤/ ٢٠ من طريق هشام بن سعد عن عبيد الله بن عباس قال كان للعباس ميزاب... فذكره، وذكره الحافظ فى التلخيص ٣/ ٩٩ وقال:

وذكر ابن أبى حاتم أنه سأل أباه عنه فقال: هو خطأ ورواه البيهقى من أوجه أخر ضعيفة أو منقطعة، وقال الهيثمى فى مجمع الزوائد ٤/ ٢٠٩ - ٢١٠: رواه أحمد ورجاله ثقات إلا أن هشام بن سعد لم يسمع من عبد الله ورواه البيهقى فى السنن الكبرى ٦/ ٦٦ من طريق موسى بن عبيدة عن يعقوب بن زيد أن عمر رضى الله عنه خرج... فذكره وموسى بن عبيدة ضعيف قاله الحافظ فى التقريب (ص٩٨٣) ورواه الحاكم فى المستدرك ٣/ ٣٣١ =

ولأنه لم يزل الناس قديمًا يفعلونه ورسول الله ﷺ ومن بعده من خلفائه يشاهدونه، فلا ينكرونه؛ فدل على أنه شرع مستقر، وإجماع منعقد.

ولأنه لما جاز للناس الارتفاق بالطرق والمقاعد منها، جاز لهم الارتفاق بهوائها.

فإن قيل: أليس الإنسان ممنوعًا من وضع سارية في الطريق، وبناء دكة وإن كان ذلك مرفقًا والعمل به جاريًا؟ فكذلك الجناح.

قيل: وضع السارية وبناء الدكة مضران بالناس، لما فيهما من تضييق الطريق عليهم.

ولأنهم ربما ازدحموا؛ فأضر بهم، أو سقط عليه - أي الجناح - ضرير لا يبصر؛ فتأذى، وليس كذلك الجناح في الهواء[١].

ووافقنا مالك والأوزاعي وأحمد وإسحاق، وأبو يوسف، ومحمد - رحمة الله عليهم - على أنه:

إذا أخرج جناحًا إلى شارع نافذ، وكان لا يضر بالمسلمين - جاز، ولا يمنع.

وقال أبو حنيفة: - رحمه الله -: له إخراجه إلا أن يمنعه المسلمون أو واحد منهم؛ فإذا منعه رجل من المسلمين، لم يجز له إخراجه، فإن أخرجه، قلع.

واحتج بأنه بنى في حق غيره بغير إذنه؛ فكان له المطالبة بقلعه؛ كما لو بنى دكة، أو بنى في ملك غيره[٢].

ودليلنا عليه: ما مضى، ويفارق ملك الغير المتعين؛ لأنه لا يجوز له فيه الجواز إلا بإذنه هاهنا، بخلافه[٣].

فإذا ثبت هذا: في الميزاب، ثبت في الروشن - وهو الشرفة - مثله؛ لأن الميزاب خشبة واحدة، والروشن خشب، ولا فرق بين الجميع، ولأن الناس يخرجون الرواشن من لدن رسول الله ﷺ إلى يومنا هذا من غير إنكار؛ فدل على أنه إجماع، ولأنه ارتفاق بما لم يتعين عليه ملك أحد من غير إضرار؛ فجاز كما لو مشى

= - ٣٣٢ البيهقي ٦/ ٦٧ ضمن خبر طويل من طريق عبد الرحمن بن زيد بن أسلم عن أبيه عن جده وعبد الرحمن بن زيد ضعيف قاله الحافظ في التقريب (ص/٥٧٨).

(١) ينظر الحاوي ٦/ ٣٧٥، ٣٧٦.

(٢) ينظر البدائع ٦/ ٢٦٥.

(٣) ينظر تحفة المحتاج ٢/ ٢٤٣، وشرح المختصر للقاضي أبي الطيب خ، والشامل خ.

فى الطريق.

إذا ثبت هذا: وأخرج جناحًا أو روشنًا فى شارع نافذ - فإنه لا يملك ذلك المكان، وإنما يكون أحق به؛ لسبقه إليه، فإن انهدم روشنه أو هدمه، فبادره من يحاذيه، فمد خشبة تمنعه من إعادة الأول - لم يكن للأول منعه من ذلك؛ لأن الأول كان أحق به لسبقه إليه، فإذا زال روشنه أو جناحه، سقط حقه، وكان لمن سبق إليه، كما نقول فى المرور فى الطريق.

وإن أخرج من يحاذيه روشنًا تحت روشن الأول، جاز، ولم يكن للأول منعه من ذلك؛ لأنه لا ضرر عليه فى ذلك. وإن أراد الثانى أن يخرج روشنًا فوق روشن الأول، قال ابن الصباغ: فإن كان الثانى عاليًا لا يضر بالمار فوق روشن الأول جاز، وإن كان يضر بالمار فوق روشن الأول منع من ذلك؛ كما لو أخرج روشنًا يضر بالمارة فى الشارع، فإنه يمنع من ذلك.

فصل: فإن صالحه الإمام، أو أحد من المسلمين على هذا الجناح الذى لا يضر بعوض - لم يصح الصلح؛ لأن الهواء تابع للقرار فلا يجوز أن يفرد بالعقد، ولأن ذلك حق لمن سبق إليه؛ فلم يجز أن يؤخذ منه عليه عوض؛ كما لا يجوز أن يؤخذ منه عوض على المرور فى الطريق.

فرع: وإن أراد إخراج روشن أو جناح إلى شارع نافذ يضر بالمارة فيه، لم يجز، فإن فعل قلع؛ لقوله ﷺ: «لاَ ضَرَرَ وَلاَ إِضْرَارَ».

ولأنه ليس له الانتفاع بالعرصة بما فيه ضرر على المسلمين، بأن يبنى فيها دكة؛ فكذلك ليس له الانتفاع بالهواء بما يضر به عليهم.

وقال أبو حنيفة: إن خوصم فيه إلى الإمام قلعه، وإن لم يخاصم تركه؛ لأن الإمام حاكم وليس بخصم، والحاكم لا يحكم إلا لطالب.

وهذا الذى قاله خطأ؛ لأمرين:

أحدهما - أن الإمام مندوب لإزالة المنكر، والنيابة عن كافة المسلمين فى أبواب المصالح؛ فوجب أن ينفرد بإزالة المنكر.

والثانى - أن ما يجوز إقراره لا يفتقر إلى الرضا به فى الترك، وكذا ما لا يجوز إقراره لا يفتقر إلى إنكاره فى القلع. وليس هذا من طريق الحكم، فلا يحكم إلا لخصم؛ لأن الخصم فيه لايتعين، فإنما كافة الناس فيه شَرعٌ واحد.

فإذا وجب قلعه، فبذل صاحبه مالًا صلحًا على تركه - لم يجز؛ لأنه صلح على إقرار منكر،

ولأنه صلح على الهواء؛[1] فصار بمثابة بيع الهواء، والهواء لا يصح بيعه منفردًا ولأن فى ذلك إضرارًا بالمسلمين، وليس للإمام أن يفعل ما فيه ضرر عليهم.

فصل: فأما حد ما يضر مما لا يضر، فمعتبر بالعرف والعادة، ومختلف باختلاف البلاد.

وقال أبو عبيد بن حربويه من أصحابنا: حد الضرر: ألا يمكن الفارس أن يجتاز تحته برمح قائم؛ لأن الفرسان قد يزدحمون؛ فيحتاجون إلى نصب الرماح، ومتى لم ينصبوها تأذى الناس بالرماح وحكى نحوه عن ابن سريج.

وهذا التحديد ليس بصحيح؛ لأن الرماح مختلفة فى الطول والقصر.

ولأن هذا يؤدى إلى ألا يخرج أحد جناحًا؛ لأن الرمح قد يعلو على المنازل فى أكثر البلاد.

ولأنه لا مضرة على صاحب الرمح فى الاجتياز برمحه مائلًا، ويمكن للفارس فى حال الازدحام أن يضع الرمح على عنقه، بحيث لا ينال وجه أحد.

وإذا كان كذلك وجب أن يعتبر ذلك بحسب البلاد:

فإن كان البلد قد تجتاز فى طرقه الجمال التى عليها الكنائس والعماريات، وذلك أعلى ما يجتاز فى الطرقات - فحد الإضرار: ألا يمكن اجتياز الكنائس والعماريات تحته، وإن أمكن اجتيازها فليس بمضر.

وإن كان البلد مما لم تجر عادة الكنائس والعماريات أن تجتاز فيه، وجرت عادة الجمال المحملة أن تجتاز فيه - فحد الإضرار فيه: ألا يمكن اجتياز الجمال المحملة تحته، وإن أمكن فليس بمضر.

وإن لم تجر عادة البلد باجتياز الجمال المحملة فيه، وجرت عادة الفرسان بالاجتياز فيه - فحد الإضرار فيه: ألا يمكن اجتياز الفارس تحته، فإن أمكن فليس بمضر.

وإن لم تجر عادة البلد باجتياز الفرسان فيه، فحد الإضرار فيه: ألا يمكن اجتياز

---

(١) ينظر الحاوى ٦/ ٣٧٦ .

الرجل التام إذا كان على رأسه حمولة مستعلية، فإذا ثبت ما وصفنا فحد الإضرار معتبر بما ذكرنا[١].

قال ابن الرفعة:

ولا فرق فيما ذكرناه بين أن يُظلم الجناح الطريق، أم لا، كما صرح به القاضى أبو الطيب، وابن الصباغ، وغيرهما.

وقال المتولى: إن منع الضوء بالكلية منع منه، وإن لم يمنعه بالكلية فلا[٢].

وقال صاحب «البيان»: وإن أظلم الطريق بهذا الجناح أو الروشن، ففيه وجهان:

أحدهما - قال ابن الصباغ: يجوز ذلك؛ لأن ظلمة الطريق لا تمنع من المرور فيه، ولأنه لا يذهب الضوء جملة.

الثانى - قال الصيدلانى: لا يجوز؛ لأن ذلك يضر بالمار فيه؛ فهو كما لو لم يمكنه المشى منتصبًا.

فصل: وإن أراد أن يخرج جناحًا أو روشنًا فوق دار غيره، أو شارع جاره بغير إذنه - لم يجز؛ لأنه لا يملك الارتفاق بقرار أرض جاره إلا بإذنه؛ فكذلك الارتفاق بهواء أرض جاره، فإن صالحه صاحب الدار أو الشارع على ذلك بعوض، لم يصح؛ لأنه لا يجوز إفراد الهواء بالعقد؛ كما سبق بيانه.

فصل: وإن أراد أن يخرج جناحًا أو روشنًا إلى درب غير نافذ، وله طريق فى هذا الدرب -: فإن كان يضر بالمارة لم يجز من غير إذن أهل الدرب؛ كما لا يجوز إخراج جناح يضر إلى شارع نافذ، فإن أذن أهل الدرب له بإخراج جناح يضر بهم جاز؛ لأن الحق لقوم معينين، فإذا أذنوا بذلك صح. وإن أراد أن يخرج إليه جناحًا أو روشنًا لا يضر بهم بغير إذنهم، ففيه وجهان:

أحدهما - يجوز؛ لأنه يجوز له الارتفاق فى الأرض بالعبور فيها، فجاز له إخراج الجناح إليها؛ كما نقول فى الشارع النافذ.

وهذا ما جزم به الشيخ أبو حامد ومن تابعه، ورجحه فى «الاستقصاء»، وهو الذى حكاه الغزالى عن العراقيين وضعفه[٣].

---

(١) ينظر الحاوى ٦/ ٣٧٦، ٣٧٧ .

(٢) ينظر الكفاية خ .

(٣) ينظر الكفاية خ .

وعلى هذا: فإن أراد أهل الدرب أن يصالحوه على ذلك بعوض، لم يصح الصلح؛ لما ذكرناه فى الشارع النافذ.

والثانى - لا يجوز له ذلك بغير إذنهم؛ لأنه مملوك لقوم معينين، فلم يجز له إخراج الجناح إليه بغير إذنهم؛ كدرب الجار، ولقوله ﷺ: «لَا يَحِلُّ مَالَ امْرِئٍ مُسْلِمٍ إِلَّا بِطِيبِ نَفْسٍ مِنْهُ»[1]، وهذا ما اختاره القاضى أبو الطيب، وجزم به الماوردى، فقال:

فإن كانت الطريق غير نافذة فليس له إخراج الجناح فيها إلا بإذن جميع أهلها، سواء كان الجناح مضرًا أو غير مضر؛ لأن الطريق التى لا تنفذ مملوكة بين جميع أهلها، وليس لأحدهم أن يتصرف فيها إلا بحق الاجتياز؛ فلم يجز أن يتعدى إلى إخراج الجناح: كالأرض المشتركة، أو الطريق المستحقة.

فإن صالح أهل الطريق على مال فى إقرار الجناح، لم يجز؛ لأنه صلح على الهواء، إلا أن يتصل بالعرصة: كبناء بعضه فى عرصة الطريق، ثم يرفعه؛ فيجوز؛ ويكون ذلك بيعًا منهم بقدر حقوقهم من العرصة التى حصل فيها البناء.

فلو أذنوا جميعًا له فى إخراج الجناح، جاز مضرًا كان أو غير مضر؛ لأنه حق قد تعين لهم لا يشركهم فيه غيرهم، وليس كالطريق النافذة التى يشتركون فيها كافة.

فلو رجعوا بعد إذنهم: فإن كان رجوعهم بعد إخراج الجناح، لم يكن لرجوعهم تأثير، وكان له إقرار الجناح ما بقى.

وإن كان قبل إخراجه، بطل ما تقدم من الإذن؛ فكان إخراج الجناح كمن أخرج بغير إذن، وكذا لو رجع أحدهم[2].

هذا إذا كان له باب فى الدرب، أما إذا كان له باب فى شارع، وظهر داره إلى درب غير نافذ، فأراد أن يخرج روشنًا فى ظهر داره - لم يكن له ذلك إلا بإذن أهل الدرب جميعًا، وجهًا واحدًا لا يختلف أصحابنا فيه؛ لأنه لا حق له فى الدرب المشترك.

صرح به القاضى أبو الطيب، وابن الصباغ، وغيرهما، وإليه يرشد قول المصنف

---

(١) تقدم .
(٢) ينظر الحاوى ٦/ ٣٧٧ .

فى «التنبيه»: ولا يجوز أن يشرع إلى ملك غيره.

قال ابن الرفعة: ويجوز أن يشرع بإذنهم وإن كان يضر بالمارة، وجهًا واحدًا، اللهم إلا أن يكون فيه مسجد؛ فإن للمسلمين كافة الاستطراق إليه؛ فيكون كالشارع، أشار إلى ذلك الرافعى.

وقد حكى المراوزة طريقًا آخر، فقالوا: للذين دورهم أسفل من الدار التى يشرع فيها الجناح المنع بلا خلاف وإن لم يضر، وهل للذين دورهم أعلى من الدار المنع؟ فيه وجهان، وهذا ينبنى على أن استحقاق الاستطراق فى السكة لجميع من فيها، أم شركة كل واحد مختصة بما بين رأس السكة وباب داره ولا تنحط عنه؟ فيه وجهان: أظهرهما وهو الذى أورده ابن كج -: الثانى؛ لأن ذلك القدر هو محل تردده ومورده، وما عداه فحكمه فيه حكم غير أهل السكة[١].

قال المصنف - رحمه الله تعالى -:

(فصل) وإن أراد أن يعمل ساباطًا، ويضع أطراف أجذاعه على حائط الجار المحاذى؛ لم يجز ذلك من غير إذنه؛ لأنه حمل على ملك الغير من غير ضرورة، فلم يجز من غير إذنه؛ كحمل المتاع على بهيمة غيره.

فإن صالحه منه على شىء؛ جاز إذا عرف مقدار الأجذاع.

فإن كانت حاضرةً، نظر إليها، وإن لم تحضر، وصفها.

فإن أراد أن يبنى عليها؛ ذكر سمك البناء، وما يبنى به، فإن أطلق، كان ذلك بيعًا مؤبدًا، لمغارز الأجذاع ومواضع البناء.

وإن وقت؛ كان ذلك إجارةً تنقضى بانقضاء المدة.

(الشرح) قوله: «سَابَاطًا»[٢]: هو بناء بين الدارين المتحاذيتين بأخشاب توضع على كل واحدة من الدارين. وقال فى فقه اللغة: إذا كانت سقيفة بين حائطين تحتها طريق، فهو السَّابَاطُ. والجذوع: الأخشاب، واحدها: جذع تكون من النخل وغيرها.

الأحكام: إن أراد أن يعمل ساباطًا على جدار جاره - بأن يكون له جدار،

---

(١) ينظر الكفاية خ .
(٢) ينظر: النظم (١/ ٢٧٤) .

وبحذائه جدار لجاره، وبينهما شارع، فيمد جذوعًا من جداره إلى جدار جاره - فلا يجوز له ذلك إلا بإذن جاره؛ لأنه حمل على ملك غيره بغير إذنه من غير ضرورة، فلم يجز؛ كما لو أراد أن يحمل على بهيمة غيره بغير إذنه.

وقولنا: من غير ضرورة، احتراز من التسقيف على الحائط الرابع لجاره على ما يأتى بيانه.

فإن أذن له فوضع خشبه، لم يكن له الرجوع فى الإذن؛ لأن ذلك يراد للبقاء والتأبيد، فإذنه ينصرف إلى ذلك، وفى قلعه إضرار به وتغرير[١]، فإن قلعه صاحبه أو وقع لم يكن لصاحبه إعادته إلا بإذن صاحب الحائط؛ لأن الإذن الأول زال بزواله[٢].

فإن صالحه على ذلك على عوض، صح الصلح، ولا بد أن تكون الأخشاب معلومة، إما بالمشاهدة أو بالصفة، فيقول: صالحنى على أن أضع هذه الأخشاب بكذا.

قال الشيخ أبو حامد: وهكذا إن قال: خذ منى مالًا، وأقر أن لى حقًا فى أن أضع على جدارك جذوعى هذه، أو يصفها، فإذا أقر له بذلك، وأخذ العوض - جاز. فإن أراد أن يبنى عليها، ذكر طول البناء وعرضه، وما يبنى به؛ لأن الغرض يختلف بذلك.

فإن أطلقا ذلك ولم يقدراه بمدة كان ذلك بيعًا لمغارز الأجذاع، وإن قدرا ذلك بمدة كان ذلك إجارة تنقضى بانقضاء المدة. هكذا ذكره المصنف، والشيخ أبو حامد، والقاضى أبو الطيب.

وقال ابن الصباغ: لا يكون ذلك بيعًا بحال؛ لأن البيع ما يتناول الأعيان، وهذا الصلح على وضع الخشب لا يملك به الواضع شيئًا من الحائط الذى يضع عليه؛ لأنه لو كان بيعًا لملك جميع الحائط، ولكان إذا استهدم ملك أخذ آلته، وهذا لا يقوله أحد.

قال: فإن قيل: إنما يكون بيعًا لموضع الوضع خاصة.

---

(١) ينظر فتح العزيز ١٠/٣١٦ - ٣١٧، وروضة الطالبين ٤/٢١٢، ٢١٣ .
(٢) ينظر روضة الطالبين ٤/٢١٣ .

قيل: لا يصح ذلك؛ لأن موضع الوضع مجمل فى بقية الحائط الذى لغيره، وتلك منفعة استحقها، وإذا بطل أن يكون بيعًا فينبغى أن يكون ذلك الصلح فرعًا للإجارة، ويكون مستحقًا للحمل على حائط جاره.

فإن قيل: فالإجارة إذن مجهولة المدة، وذلك غير جائز؟

فالجواب: أن المنفعة يجوز أن يقع العقد عليها فى موضع الحاجة غير مقدرة[١]، كما يقع عقد النكاح على منفعة غير مقدرة، وموضع الحاجة من ذلك: أن الخشب وما أشبهه إنما يراد للبقاء، ويضر به التقدير، بخلاف سائر أنواع الإجارة.

وفيه معنى آخر: وهو أن سائر الأعيان لو جوزنا فيها الإجارة على التأبيد، بطل فيها معنى الملك للمالك، وليس كذلك هاهنا؛ فإن وضع الخشب لا يمنع صاحب الحائط أن ينتفع به منفعة مقصودة، ومثل هذا الاشتراك لا يتصور فى غير ذلك من الأعيان؛ فافترقا[٢].

قال صاحب «البيان»: والأول أصح؛ لأن الشافعى - رحمه الله - قال فى «المختصر»: «ولو اشترى علو بيت على أن يبنى على جدرانه، ويسكن على سطحه - أجزت ذلك إذا سميا منتهى البنيان؛ لأنه ليس كالأرض فى احتمال ما يبنى عليها».

إذا ثبت هذا: فإن أقر صاحب الحائط لصاحب الخشب: أن له حق الوضع على جداره، أو أقام صاحب الخشب بينة على إقرار صاحب الحائط بذلك - لزم ذلك فى الحكم: فإن كان قد تقدمه صلح صحيح لزم ظاهرًا وباطنًا، وإن لم يتقدمه صلح لزم فى الظاهر دون الباطن.

قال ابن الصباغ: ولو كان لرجل حمل على حائط آخر، كان حكم الظاهر فيه أنه بحق،[٣] إلا أن تقوم بينة بخلاف ذلك.

فإن لم تكن بينةٌ، كان القول قول صاحب الخشب: إنه بحق؛ لوجود الظاهر معه[٤].

---

(١) ينظر فتح العزيز ١٠/٣٢٦، وروضة الطالبين ٤/٢٢٠ .

(٢) ينظر روضة الطالبين ٤/٢٢٠، وشرح فتح العزيز ١٠/٣٢٤، والشامل خ .

(٣) ينظر تحفة المحتاج ٢/٢٢٣ .

(٤) ينظر مغنى المحتاج ٢/٤٨٢، ونهاية المحتاج ٤/٤٠٦ .

قال المصنف - رحمه الله تعالى -:

(فصل) ولا يجوز أن يفتح كُوَّةً، ولا يسمر مسمارًا في حائط جاره إلا بإذنه، ولا في الحائط المشترك بينه وبين غيره إلا بإذنه؛ لأن ذلك يوهي الحائط، ويضر به؛ فلا يجوز من غير إذن مالكه.

ولا يجوز أن يبني على حائط جاره، ولا على الحائط المشترك شيئًا من غير إذن مالكه، ولا على السطحين المتلاصقين حاجزًا من غير إذن صاحبه؛ لأنه حمل على ملك الغير، فلم يجز من غير إذن؛ كالحمل على بهيمته.

ولا يجوز أن يجري على سطحه ماءً من غير إذنه، فإن صالحه منه على عوض؛ جاز إذا عرف السطح الذي يجري ماؤه؛ لأنه يختلف ويتفاوت.

(الشرح) قوله: «يفتح كوة»[1] الكوة: هي ثقب البيت، والجمع: كواء، وكِوًى أيضًا، مقصور، مثل: بَدْرَةٍ وبِدَرٍ.

والكوة بالضم: لغة، والجمع على كُوًى[2].

قوله: «يوهي الحائط» يقال وهي الحائط يهي إذا تفزر واسترخى، وكذلك الثوب والقربة والحبل، وقيل: وهي الحائط، إذا ضعف وهم بالسقوط. وفي الحديث: أنه مر بعبد الله بن عمرو وهو يصلح خصا له قد وهي، أي خرب أو كاد. ويقال: ضربه فأوهي يده، أي أصابها كسر أو ما أشبه ذلك[3].

الأحكام: إذا كان الحائط بين شريكين، لم يكن لأحدهما أن يفتح فيه كوة، ولا يضع فيه جذعًا، ولا يسمر فيه وتدًا إلا بإذن شريكه.

وجوز العراقيون لأحد الشريكين أن يفعل في الحائط ما لا يضر به من فتح كوة وإيتاد وتد؛ اعتبارًا بالعرف المعتاد فيه بين الناس. وهذا خطأ؛ لأمرين:

أحدهما - أن تفرد أحدهما بالتصرف في ذلك غير جائز.

والثاني - أنه هدم بعض الحائط؛ فلم يجز كالباب.

---

(١) ينظر: النظم (١/ ٢٧٤).

(٢) قال اللحياني: من قال كَوة ففتح فجمعه كِواء ممدود، ومن قال: كُوة فضم فجمعه كِوًى مكسور مقصور، ولا أدري كيف هذا؟! المحكم (٧/ ٥٩)، وينظر: المصباح والصحاح (كوى).

(٣) ينظر اللسان (وهي).

فإن قيل: فهلا كان كوضع الجذوع فيه؛ فيكون على قولين، كما سيأتى؟

قيل: الفرق بينهما: أن الحائط موضوع للحيلولة، ووضع الأجذاع فيه لا يمنع من الحيلولة، وفتح الكوة يمنع منها.

فلو أذن أحدهما لصاحبه فى فتح كوة، ثم أراد سدها - لم يكن له ذلك إلا بإذن شريكه؛ لأنه زيادة بناء على حائطه، والشريكان فى الحائط لا يجوز لأحدهما البناء عليه إلا بإذن شريكه فيه.

وكل ما لم يكن للشريك أن يفعله فأولى ألا يكون للجار أن يفعله؛ فلو صالح جاره على فتح كوة فى حائطه، لم يجز؛ لأنه صلح على الهواء والضوء.

ولو أن رجلًا فتح كوة فى حائطه، فأراد جاره أن يبنى فى وجهها حائطًا فى ملكه يمنعه الضوء من الكوة - جاز، ولم يكن لصاحب الكوة أن يمنعه؛ لأن متصرف فى ملكه[1].

ولا يجوز أن يبنى عليه من غير إذن جاره؛ كما لا يجوز أن يحمل على بهيمة غيره بغير إذنه.

قال ابن الرفعة: ولا خلاف فى جواز الاستضاءة بسراج الغير والاستظلال بجداره، وكذلك فى جواز الاستناد إليه بحيث لا يضر به، فلو منعه من الاستناد فهل يمنع منه؟ فيه تردد؛ لأنه عناد محض[2].

فرع: «ولا يجوز أن يجرى الماء فى أرض غيره، ولا على سطحه بغير إذنه»، هذا قول الشافعى فى الجديد.

وقال فى القديم: «إذا ساق رجلٌ عينًا أو بئرًا، فلزمته مؤنة، ودعته الضرورة إلى إجرائه فى ملك غيره، ولم يكن على المجرَى فى ملكه ضرر بَيِّنٌ - فقد قال بعض أصحابنا: يجبر عليه»، فأومأ إلى أنه يجبر؛ لما روى: أن الضحاك، ومحمد بن مسلمة اختلفا فى خليج، أراد الضحاك أن يجريه فى أرض محمد بن مسلمة، فامتنع منه؛ فترافعا إلى أمير المؤمنين عمر بن الخطاب - رضى الله عنه - فقال: والله، لأُمِرَّنَّهُ ولو على بطنك.

---

(١) ينظر الحاوى ٦/٣٩٣، ٣٩٤ .

(٢) ينظر الكفاية خ .

والأول هو المشهور من المذهب؛ لأنه حمل على ملك غيره، فلم يجز من غير إذنه؛ كالحمل على بهيمته.

وأما الخبر: فيحتمل أنه كان له رَسْمٌ وأجرى الماء فى أرضه، فامتنع منه؛ فلذلك أجبره أمير المؤمنين عمر - رضى الله عنه - على ذلك.

فإن ادعى على رجل مالًا، فأقر له به، ثم قال: صالحنى منه على أن أعطيك مسيل ماء فى ملكى - قال الشافعى - رحمه الله -: فإن بينا الموضع وقدر الطول والعرض، صح؛ لأن ذلك بيع لموضع من أرضه، ولا يحتاجان أن يبينا عمقه؛ لأنه إذا ملك الموضع كان له النزول إلى تخومه.

وهل يملك المدعى هواء الساقية؟ فيه وجهان، حكاهما الصيدلانى:

أحدهما - يملكه تبعًا للأرض.

والثانى - لا يملكه.

فعلى هذا: لا يمنع مالك الأرض من البناء فوق المسيل.

قال ابن الصباغ: وإن صالحه على أن يجرى الماء فى ساقية فى أرض المصالح، قال فى «الأم»: فإن هذا إجارة تفتقر إلى تقدير المدة.

قال أصحابنا: وإنما يصح إذا كانت الساقية محفورة، فأما إذا لم تكن محفورة فلا يجوز؛ لأنه لا يمكن للمستأجر إجراء الماء إلا بالحفر، وليس له الحفر فى ملك غيره، ولأن ذلك إجارة لساقية غير موجودة، فإن حفر الساقية وصالحه جاز.

وإن كانت الأرض فى يد المقر بإجارة، جاز له أن يصالحه على إجراء الماء فى ساقية فيها محفورة مدة معلومة؛ لأنها لا تجاوز مدة إجارته، وإن لم تكن الساقية محفورة، لم يجز أن يصالحه على ذلك؛ لأنه لا يجوز له إحداث ساقية فى أرض فى يده بإجارة، وكذلك إذا كانت الأرض وقفًا عليه، جاز أن يصالح على إجراء الماء فى ساقية محفورة مدة معلومة، وإن أراد أن يحفر ساقية لم يكن له ذلك؛ لأنه لا يملكها، وإنما له أن يستوفى منفعتها؛ كالأرض المستأجرة.

وإن صالحه على إجراء الماء على سطحه، جاز إذا كان السطح الذى يجرى ماؤه عليه معلومًا؛ لأن الماء يختلف بكبر السطح وصغره.

قال ابن الرفعة: لكن هذا الصلح: هل هو بيع لموضع معين من الأرض ولمنافع السطح على الأبد أو إجارة؟ فيه خلاف كالمذكور فى الساباط، فينظر فيه:

فإن قيد بمدة فإجارة بلا شك.

وكذا إذا وقع على إجراء ماء فى ساقية فى أرض المصالح؛ فيشترط فى صحة ذلك أن تكون المدة معلومة، والمجراة فى مسألة الأرض محفورة، وقد عرفا طولها وعرضها وعمقها، وفى مسألة السطح يعين المدة أيضًا، وأن يعرفا طول السطح الذى يجرى عليه الماء وعرضه وقوته وضعفه؛ لأنه قد يحمل قليل الماء دون كثيره، وأن يعرفا قدر السطح المجاور له الذى يجرى منه الماء إليه، ويعتبر مع ذلك بيان الموضع الذى ينزل منه الماء من أحد السطحين إلى الآخر.

وإن أطلق القيد ولم يقيد بمدة، وكان اللفظ: صالحتك على مسيل ماء فى أرضك أو على إجراء ماء سطحى على سطحك - فظاهر كلام المحاملى وغيره يقتضى أنه بيع فى السطح؛ كما صرحوا بأنه بيع فى الأرض حتى قالوا: لا يشترط فيها مع بيان الطول والعرض بيان العمق؛ لأن من ملك أرضًا ملك الانتفاع بها إلى القرار.

وحكى الرافعى وجهًا فى اشتراطه؛ بناء على أنه لا يملك به إلا حق الإجراء، وحكاه فى «التهذيب» أيضًا.

وما قلنا: إنه ظاهر كلام المحاملى، هو مقتضى قول أبى حامد فى مسألة الجذوع، وقد جزم ابن الصباغ فى مسألة السطح بأنه إجارة غير محتاجة إلى بيان مدة، بخلاف سائر الإجارات؛ كما صار إليه فى مسألة الجذوع، ووافقه المتولى، وفرق بين هذا وبين سائر الإجارات: بأن هذا العقد لا يتضمن تفويت منافع السطح عليه؛ لأنه يرتفق به بعد هذه المصالحة مثل ما كان يرتفق به قبلها، بخلاف سائر الإجارات؛ فإنها تمنع المالك من الانتفاع بملكه؛ فكان عقدها مؤبدًا تفويتًا للملك فى التحقيق، وقد يحتمل الجهالة فى العقد إذا كان لا يتضمن ضررًا، ولا تحتمل إذا تضمنه، ودليله: صحة ضمان الدرك، وعدم جواز أخذ الرهن به.

وفى «الحاوى»: حكاية وجه فى مسألة الأرض: أنه إجارة؛ كالوجه الذى حكينا أنه صححه فى مسألة الجذوع؛ فيكون على هذا: العقد باطلًا؛ لعدم ذكر المدة، وقد صرح بذلك.

وقد يقال: إنه يجرى فى مسألة السطح من طريق الأولى.

وقد يفرق بينهما بما أبداه المتولى وهو الظاهر.

ولو أتى بدل لفظ الصلح بلفظ البيع، وقال: بعتك حق مسيل الماء - كما صوره

القفال - فهو كبيع حق البناء، ويجىء فى حقيقة العقد ما مر، كذا قاله الرافعى.

أما إذا كان الصلح عن ذلك بغير عوض، فهو إعارة.

قال فى «التهذيب»: ولا يحتاج فى مسألة الأرض إلى بيان؛ لأنه إذا شاء رجع والأرض تحمل ما يحمل بخلاف السطح.

ويقرب منه فى الحكاية - وإن كان الفقه مباينًا - ما قاله الماوردى، فيما إذا قلنا بأن الجار لا يجبر على وضع الجذوع على حائطه - كما سيأتى - فأذن له فى وضعها من غير عوض:

إنه يعتبر فى ذلك معرفة عدد الأضلاع دون العلم بطولها وموضع تركيبها. قال: لأن الجهل بمنافع العارية لا يمنع من صحتها[1].

فرع: وإن صالحه على أن يسقى زرعه، أو ماشيته من مائه سقية أو سقيتين - لم يصح؛ لأن القدر من الماء الذى يسقى به الزرع والماشية مجهول، فإن صالحه على ربع العين أو ثلثها، صح، كما قلنا فى البيع.

وتجوز المصالحة على إبقاء الثلج فى داره، وكذا على قضاء الحاجة فى حش الغير على مال، وكذلك على جمع الزبل والقمامة فى ملكه، وهى إجارة يراعى فيها شرائطها، وكذلك المصالحة على البيتوتة على سطح، ثم لو باع مستحق البيتوتة منزله، فليس للمشترى أن يبيت عليه، بخلاف ما لو باع مستحق إجراء الماء على سطح الغير مع بقاء داره؛ فإن المشترى يستحق الإجراء بقية المدة؛ لأن إجراء الماء من مرافق الدار دون البيتوتة.

فرع: لو قال: صالحتك عن إجراء ماء المطر على سطح دارك كل سنة بكذا، قال المتولى: يجوز؛ لأنه لما جاز العقد مطلقًا جاز بعوض، واحتمل هذا القدر من الغرر فى الأجرة كما احتملناه فى المعقود عليه، ويصير كالخراج المضروب على الأرض.

فرع: إذا صالحه عن إجراء الماء على سطحه على مال، فليس للمصالح أن يمنع صاحب السطح من تعلية داره.

نعم، إذا وقع المطر فله أن يثقب الحائط المبنى قدر ما يجرى فيه الماء إلى ملكه؛

---

(١) ينظر الكفاية خ .

لأن ذلك حاجز يمنعه من استيفاء حقه؛ فصار كما لو استأجر منه دارًا، ثم سد الباب - فإن له فتحه.

فرع: إذا استرم السطح من إجراء الماء، لم يجب على المستحق عمارته؛ فإن العمارة تتعلق بالأعيان، وليست مستحقة له.

وفى الجيلى: إشارة إلى حكاية وجه فى وجوبه عليه إذا استرم بسبب الماء.

واعلم أن القول بجواز الصلح على إجراء الماء على الأرض والسطح، دليل على عدم إجبار صاحب الأرض والسطح على التمكين من ذلك؛ فإنه لو وجب لما جازت المصالحة.

وقد حكى الرافعى عن البندنيجى وغيره رواية قول عن القديم: أنه يجبر[1].

قال المصنف - رحمه الله تعالى -:

(فصل) وفى وضع الجذوع على حائط الجار، والحائط الذى بينه، وبين شريكه قولان:

قال فى (القديم): يجوز فإذا امتنع الجار، أو الشريك، أجبر عليه إذا كان الجذع خفيفًا لا يضر بالحائط، ولا يقدر على التسقيف إلا به؛ لما روى أبو هريرة أن النبى ﷺ قال: «لا يمنعن أحدكم جاره أن يضع خشبةً على جداره» قال أبو هريرة - رضى الله عنه -: إنى لأراكم عنها معرضين، والله، لأرمينها بين أظهركم.

ولأنه إذا وجب بذل فضل الماء للكلأ لاستغنائه عنه، وحاجة غيره (إليه)، وجب بذل فضل الحائط لاستغنائه عنه وحاجة جاره.

وقال فى (الجديد): لا يجوز بغير إذن - وهو الصحيح - لقوله ﷺ: «لا يحل مال امرىء مسلم إلا بطيب نفس منه» ولأنه انتفاع بملك غيره من غير ضرورة فلا يجوز بغير إذنه، كالحمل على بهيمته، والبناء فى أرضه.

وحديث أبى هريرة نحمله على الاستحباب، وأما الماء فإنه غير مملوك فى قول بعض أصحابنا، والحائط مملوك، ولأن الماء لا تنقطع مادته، والحائط بخلافه.

فإن كان الجذع ثقيلًا يضر بالحائط، لم يجز وضعه من غير إذنه قولًا واحدًا؛ لأن الارتفاق بحق الغير لا يجوز مع الإضرار، ولهذا لا يجوز أن يخرج إلى الطريق جناحًا

---

(١) ينظر الكفاية خ .

يضر بالمارة، وإن كان لا حاجة به إليه، لم يجبر عليه؛ لأن الفضل إنما يجب بذله عند الحاجة إليه، ولهذا يجب بذل فضل الماء عند الحاجة إليه للكلأ، ولا يجب مع عدم الحاجة.

فإن قلنا: يجبر عليه، فصالح منه على مال، لم يجز؛ لأن من وجب له حق، لا يؤخذ منه عوضه.

وإن قلنا: لا يجبر عليه، فصالح منه على مال، جاز؛ على ما بيناه فى أجذاع الساباط.

(فصل) إذا وضع الخشب على حائط الجار، أو الحائط المشترك، وقلنا: إنه يجبر فى «قوله القديم» أو صالح عنه على مال فى «قوله الجديد» فرفعه، جاز له أن يعيده، فإن صالحه صاحب الحائط عن حقه بعوض؛ ليسقط حقه من الوضع، جاز؛ لأن ما جاز بيعه جاز ابتياعه؛ كسائر الأموال.

(الشرح) أما قوله: «لا يمنعن أحدكم جاره أن يضع خشبة على جداره» الحديث فأخرجه مالك[1]، والبخارى[2]، ومسلم[3]، وأبو داود[4]، والترمذى[5]، وابن ماجه[6]، والبيهقى[7]، من طريق الزهرى عن الأعرج عن أبى هريرة به.

وفى الباب عن ابن عباس:

أخرجه أحمد[8]، وابن ماجه[9]، من طريق ابن وهب: أخبرنى ابن لهيعة عن أبى الأسود عن عكرمة عن ابن عباس؛ أن النبى ﷺ قال: «لا يمنع أحدكم جاره أن يضع خشبة على جداره».

قال البوصيرى فى الزوائد[10]: هذا إسناد ضعيف؛ لضعف ابن لهيعة... اهـ.

---

(١) ٢/ ٧٤٥ كتاب الأقضية باب القضاء فى المرفق.
(٢) ٥/ ١٣١ كتاب المظالم باب لا يمنع جار جاره أن يغرز خشبة فى جداره (٢٤٦٣).
(٣) ٣/ ١٢٢٠ كتاب المساقاة باب غرز الخشب فى جدار الجار (١٣٦/ ١٦٠٩).
(٤) (٤/ ٤٩) كتاب الأقضية باب من القضاء (٣٦٣٤).
(٥) ٣/ ٦٣٥ كتاب الأحكام باب الرجل يضع على حائط... (١٣٥٣).
(٦) ٢/ ٧٨٣ كتاب الاحكام باب الرجل يضع على جدار... (٢٣٣٥).
(٧) ٦/ ٦٨ كتاب الصلح باب ارتفاق الرجل بجدار غيره بوضع الجذوع.
(٨) ١/ ٣١٣.
(٩) ٢/ ٧٨٣ كتاب الأحكام باب الرجل يضع خشبة (٢٣٣٧).
(١٠) ٢/ ٢١٠.

وفى كلامه نظر؛ فالراوى عن ابن لهيعة هنا عبد الله بن وهب، وسماع ابن وهب من ابن لهيعة قديم قبل احتراق كتبه.

وقوله: «لا يحل مال امرئ مسلم...» تقدم تخريجه فى كتاب الأطعمة.

أما قول أبى هريرة - رضى الله عنه -: «مَا لِى أراكم عنها معرضين، والله لأرمينها بين أظهركم».

وفى رواية الشافعى - رضى الله عنه -: «بين أكنافكم» معناه: ما لكم معرضين عن سماع ذلك وقبوله، كأنهم كرهوا ما قال؛ ولذلك قال لهم: «والله لأرمينها بين أكنافكم» رُوِى بالنون والتاء، أما بالنون، فهو جمع كَنَفٍ، وهو: الجانب والناحية يعنى أنه يجعلها فيما بينهم، فكلما مروا بأفنيتهم رأوها فلا ينسونها، وأما بالتاء: فجمع كتفٍ، يريد أنه يضعها على أكتافهم حتى يحملوا ثقلها فلا يقدرون أن يعرضوا عنها، وهذا معنى قوله: «بين أظهركم» أيضًا[١].

قوله: «لا تنقطع مادته»[٢] المادة: الزيادة المتصلة[٣].

الأحكام: إذا أراد الرجل أن يضع أجذاعه على حائط جاره، أو حائط مشترك بينه وبين غيره بغير إذنه -: فإن كانت به إلى ذلك حاجة مثل: أن يكون له براح من الأرض ويحيط بالبراح له ثلاثة جدر، ولجاره أو لشريكه جدار رابع، وأراد صاحب الثلاثة الجدر التسقيف - فهل يجبر صاحب الجدار الرابع على تمكينه من ذلك؟ فيه قولان:

أحدهما - قال فى القديم: يُجبر إذا كان ما يضعه لا يضر بالحائط ضررًا بينًا، وبه قال أحمد.

ووجهه: ما روى أبو هريرة: أن النبى ﷺ قال: «لَا يَمْنَعْ أَحَدُكُمْ جَارَهُ أَنْ يَضَعَ خشبَه عَلَى جِدَارِهِ»، وروى: «لَا يَمْنَعَنَّ أَحَدُكُمْ جَارَهُ أَنْ يَغْرِزَ خشبَه فِى جِدَارِهِ»، فنكس القوم رءوسهم، فقال أبو هريرة: ما لى أراكم عنها معرضين؟! والله لأرمينها بين أظهركم. يعنى: معرضين عن هذه السنة.

وأراد: لأَرْمِيَنَّ بهذه السنة، وألزمكم العمل بها، كذا قاله القاضى الحسين فى

---

(١) ينظر: المغنى فى الإنباء (١/ ٣٦٠).
(٢) ينظر: النظم (١/ ٢٧٤).
(٣) ينظر: الصحاح (مدد).

تعليقه. وإن ذلك كان منه حين ولى مكة أو المدينة.

قال ابن الرفعة: ثم على هذا يشترط فى الجواز شروط:

أحدها - ألا يكون مالك الجدار محتاجًا لوضع جذوعه عليه.

والثانى - أن تكون الجذوع خفيفة لا تضر بالجدار.

والثالث - ألا يتمكن الجار من أن يسقف إلا بالوضع عليه، كما إذا كان له جدار واحد وأرض، ولجاره باقى الجدر، كما حكاه البندنيجى وغيره.

وفى النهاية عكس هذا، وقال: يشترط أن تكون الجوانب الثلاث من البيت لصاحب البيت، وهو يحتاج إلى جانب رابع، فأما إذا كان الكل للغير فلا يضع الجذوع قولًا واحدًا.

ثم قال: ومن أصحابنا من لم يشترط هذا الشرط الأخير.

وحكى المتولى الوجهين فيما إذا لم يملك إلا جانبًا واحدًا أو جانبين[١].

والثانى - قال فى الجديد: لا يجبر الجار على ذلك. وهو الصحيح، وبه قال أبو حنيفة - رحمه الله - لقوله ﷺ: «لَا يَحِلُّ مَالُ امْرِئٍ مُسْلِمٍ إِلَّا بِطِيبِ نَفْسٍ مِنْهُ».

ولأنه انتفاع بملك غيره من غير ضرورة؛ فلم يجز من غير إذنه كزراعة أرضه، والبناء فى أرضه.

وأما الخبر فله تأويلان:

الأول - أنه محمول على الاستحباب.

والثانى - أن معناه: إذا أراد الرجل أن يضع خشبه على جدار نفسه؛ لإخراج روشن أو جناح إلى شارع نافذ - فليس لجاره المحاذى له أن يمنعه من ذلك؛ لأنه قال: «لَا يَمْنَعْ أَحَدُكُمْ جَارَهُ أَنْ يَضَعَ خشبَه عَلَى جِدَارِهِ»، فالكناية ترجع إلى أقرب مذكور، وهو الجار.

قال فى «الاستقصاء»: وهو الحقيقة فى اللغة.

قال ابن الرفعة: ولا نزاع فى أنه لو أراد أن يبنى على رأس الحائط خصًا خفيفًا، لم يجز، كما صرح القاضى أبو الطيب، وكلام ابن الصباغ مشير إليه[٢].

---

(١) ينظر: الكفاية خ.

(٢) ينظر: الكفاية خ.

فإذا قلنا بالأول، وأراد الجار أن يصالحه بمال يأخذه - لم يكن له ذلك؛ لأن ما وجب عليه بذله، لم يجز له أن يأخذ عنه عوضًا.

قال ابن الرفعة: قد حكى الغزالى فى باب الإجارة فيما إذا أسلمت امرأة، وليس ثَمَّ من يحسن الفاتحة إلا واحد، فجعل صداقها تعليمها الفاتحة - جاز على الأصح من الوجهين مع أن ذلك واجب عليه؛ فيتجه أن يجىء مثل ذلك هاهنا، ويجوز للجار على هذا إذا انهدم الحائط، وأعيد بغير النقض: أن يعقد جذوعه وغيرها بالشرط المذكور، وله - أيضًا - إذا امتنع صاحب الحائط من إعادته أن يعيده، ويجوز لمالك الحائط أن يصالحه عن حقه فى الموضع على عوض؛ ليسقط حقه من الوضع؛ لأن ما جاز بيعه جاز شراؤه كسائر الأموال.

قال فى «البحر»: وعندى لا يجوز أخذ العوض بحال؛ لأنه أبيح له ذلك للحاجة؛ فلا يجوز أخذ العوض كما لا يجوز له أخذه عن فضل الماء الذى أبيح له للحاجة[1].

وإن قلنا بالثانى، وأراد الصلح على ذلك بعوض - جاز إذا كان ذلك معلومًا؛ لأنه بذل مال فى مقابلة ما يقصد بالأغراض فصح؛ كما فى بيع الأعيان والمنافع.

وقولنا: إذا كان ذلك معلومًا، نشير بذلك إلى الجذوع وهى الأخشاب؛ لأنها التى تستوفى بها المنافع المعقود عليها؛ فاشترط معرفتها كالصبى فى الرضاع.

ثم المعرفة تارة تحصل بالمشاهدة، وتارة تحصل بالوصف، مثل: أن يذكر عددها، وطولها، وسمكها، ووزنها، على ما حكاه القاضى أبو الطيب. وموضعها من الحائط، وقدر دخولها فيه، كما قاله الماوردى.

ثم هذا الصلح، هل هو بيع لموضع رأس الجذوع من الحائط أو لا؟ فيه خلاف كالذى ذكرناه فى الساباط، وإجراء الماء على السطح؛ فينظر فيه:

فإن قدر الانتفاع بمدة، فلا نزاع فى أنه إجارة.

وإن لم يقدر، فوجهان:

أحدهما - أنه بيع لموضع الجذوع، حتى لو انهدم الجدار، ثم أعيد - عاد حقه وجهًا واحدًا، وهذا ما حكاه ابن الصباغ عن الشيخ أبى حامد.

والثانى - لا، وإن صرح بلفظ البيع، وهو ما صححه الرافعى، لكن ما حكمه؟

---

(١) ينظر الكفاية خ .

فيه ثلاثة أوجه:

أحدها - أنه إجارة لا غاية لها، وإنما لم يشترط تقدير المدة؛ لأن العقد الوارد على المنفعة تتبع فيه الحاجة، فإذا اقتضت الحاجة التأبيد أبد على خلاف سائر الإجارات، وألحق بالنكاح، وهذا ما اختاره ابن الصباغ، ورد على من قال بأنه بيع بأن عقد البيع تملك به الأعيان، وهاهنا لم يملك بهذا العقد شيئًا من الأعيان؛ بدليل أن الحائط لو انهدم كانت الآلات كلها لمالك الحائط دون صاحب الجذوع، ولو كان قد ملك لكانت الآلة له، ولم يقل بهذا أحد.

والثانى - أنه إجارة تعتبر فيها المدة، ولا يصح بدونها؛ وهذا ما حكاه الماوردى، وصححه مع حكاية الوجه الصائر إلى أنه بيع.

والثالث - وهو ما ادعى الرافعى أنه أظهر -: أن ذلك ليس بإجارة محضة، ولكن فيه شائبة الإجارة: وهو أن المستحق به منفعة، وشائبة العين: وهو أن الاستحقاق فيه على التأبيد، وكأن الشرع نظر إلى أن الحاجة تمس إلى ثبوت الاستحقاق المؤبد فى مرافق الأملاك، وحقوقها: مساسها إلى ثبوت الاستحقاق المؤبد فى الأعيان.

وعلى قولنا: إنه إجارة لا تفتقر إلى بيان المدة، لو عقد هذا العقد بلفظ الإجارة، هل يصح من غير بيان المدة؟ فيه وجهان[1].

فإذا قلنا بقوله الجديد، فأعاره صاحب الحائط الحائط، فوضع الخشب عليه - لم يكن لصاحب الحائط أن يطالبه بقلعه؛ لأن إذنه يقتضى البقاء على التأبيد، فإن قلع المستعير خشبه أو سقطت، فهل له أن يعيد مثلها؟ فيه وجهان:

أحدهما - له ذلك؛ لأنه قد استحق دوام بقائها.

والثانى - ليس له أن يعيد مثلها بغير إذن مالك الحائط، وهو الصحيح؛ لأن السقف إذا سقط فلا ضرر على المستعير فى الرجوع.

وإن أراد صاحب الحائط هدم حائطه: فإن لم يكن مستهدمًا لم يكن له ذلك؛ لأن المستعير قد استحق تبقية خشبه عليه، وإن كان مستهدمًا فله ذلك، وعلى صاحب الخشب نقلها. فإذا أعاد صاحب الحائط حائطه، فإن بناه بآلة أخرى لم يكن لصاحب الخشب إعادة خشبه بغير إذنٍ؛ لأن هذا الحائط غير الأول، وإن بناه بآلته

---

(١) ينظر: الكفاية خ .

الأولى فهل له أن يعيد خشبه بغير إذن؟ على الوجهين الأولين.

قال المصنف - رحمه الله تعالى -:

(فصل) وإن كان في ملكه شجرة، فاستعلت، وانتشرت أغصانها، وحصلت في دار جاره، جاز للجار مطالبته بإزالة ما حصل في ملكه، فإن لم يزله، جاز للجار إزالته عن ملكه؛ كما لو دخل رجل إلى داره بغير إذنه فإن له أن يطالبه بالخروج، فإن لم يخرج، أخرجه.

فإن صالحه منه على مال، فإن كان يابسًا؛ لم يجز؛ لأنه عقد على الهواء، والهواء لا يفرد بالعقد، وإن كان رطبًا، لم يجز، لما ذكرناه ولأنه صلح على مجهول؛ لأنه يزيد في كل وقت.

(الشرح) قوله: «على الهواءِ والهواءُ لا يُفْرَدُ بالعَقْدِ»[1] الهواء هاهنا: ممدود، وهو: ما بين السماء والأرض، والجمع: الأهوية، وكل خالٍ: هواء، وقوله - عز وجل -: ﴿وَأَفْئِدَتُهُمْ هَوَآءٌ﴾ [إبراهيم: ٤٣] أي: لا عقول لهم[2]، والهوى، مقصورًا: هوى النفس، والجمع: الأهواء، وإذا أضفته إلى نفسك، قلت: هواي، وهذا الشيء أهوى إلى من كذا، أي: أحب، وهوى - بالكسر - يهوى هوى أي أحب، وهوى - بالفتح - يَهْوِي هُوِيًا وَهَوِيًا، أي: سقط إلى أسفل[3].

الأحكام: إذا كان في دار رجل نخلة أو شجرة، فاستعلت أغصانها وانتشرت إلى دار جاره، وطالبه الجار بإزالة ما انتشر في داره من الأغصان - فذلك له، وعلى صاحب الشجرة أن يتوصل إلى إزالة ذلك عنه؛ لأن من ملك دارًا ملك الارتفاق بعلوها والهواء فيها، فلم يكن لصاحب الشجرة إسقاط حقه.

ولأنه لما لم يجز للجار أن ينتفع بقرار أرض جاره بغير إذنه؛ فكذلك هواء أرض جاره؛ لأن الهواء تابع للقرار.

---

(١) ينظر: النظم (١/ ٢٧٤).

(٢) ينظر: مجاز القرآن (١/ ٣٤٥)، وتفسير غريب القرآن (٢٣٣)، وتفسير الطبري (١٣/ ١٥٩)، والعمدة (١٧٠).

(٣) عن الأصمعي في الصحاح، وانظر: فعلت وأفعلت للزجاج (٩٨، ٩٩)، وجمهرة اللغة (٣/ ١٨٤)، وكتاب الجيم (٣/ ٣٢٤)، وتهذيب اللغة (١/ ٤٨٨)، وأفعال السرقسطي (١/ ١٣١)، والتنبيهات (٨٣)، والنهاية (٤/ ٨٣).

فإن كانت الشجرة يابسة قطع الأغصان المنتشرة عنها، وإن كانت رطبة، ثناها وشدها إلى الشجرة، أو قطعها إن شاء.

فإن بادر صاحب الدار، فقطع ما انتشر فى داره من الأغصان -:

فإن كانت يابسة لا تنثنى جاز، ولم يضمن إذا لم يتعد.

وقال بعض العراقيين يضمن إذا قطعها بغير حكم حاكم. وهذا غير صحيح؛ لأنه مستحق لذلك اتفاقًا؛ فلم يكن حكم الحاكم فيه مؤثرًا.

فأما إن كانت الأغصان رطبة، فهو ضامن لما نقص من قيمة الشجرة بقطع الغصن منها؛ لأن قطعه غير مستحق؛ لأنه يمكن إزالة الضرر عنه بأن يثنى الغصن إلى الشجرة ويشد معها؛ فصار بقطعه متعديًا.

فإن طالب صاحب الغصن أن يصالحه الجار على تركه، فهذا على ضربين:

أحدهما - أن يكون الغصن فى الهواء لم يستند على حائطه، فإن كان كذلك لم يجز الصلح، وكان باطلًا؛ لأنه إن كان يابسًا فهو صلح على الهواء، والصلح على الهواء لا يجوز؛ لأنه من توابع الملك؛ فلم يجز إفراده بالعقد كالمرافق.

وإن كان رطبًا، لم يجز - أيضًا - لهذه العلة، ولأنه يزيد فى كل وقت.

والضرب الثانى - أن يكون الغصن قد استند على حائطه، فهذا على ضربين:

أحدهما - أن يكون الغصن يابسًا، فالصلح على إقراره جائز؛ كما يجوز الصلح على وضع جذع فى حائطه.

وإن كان الغصن رطبًا، ففى الصلح على إقراره وجهان:

أحدهما - وهو قول أبى على بن أبى هريرة وجمهور البغداديين -: أن الصلح على إقراره باطل؛ لأنه يَنْمِى مع الأوقات؛ فصار صلحًا على مجهول.

والوجه الثانى - أن الصلح عليه جائز، ويكون ما حدث فيه من النماء تبعًا لا يبطل بالجهالة؛ كما لا يبطل العقد بجهالة ما كان تبعًا له من المرافق والأساس، وهذا قول أكثر البصريين.

فرع: وحيث يجوز القطع، فتولاه صاحب الدار - لم يرجع على مالك الأغصان بأجرة القطع، إلا أن يحكم الحاكم بالتفريغ - أى بالقطع - قاله فى الإيضاح[1].

---

(١) ينظر: الحاوى ٦/٤٠٦ .

فرع: إذا غرس الرجل غرسًا فى أرضه، وكان يعلم أن الغرس إذا كبر وطال انتشرت أغصانه إلى دار الجار - لم يكن للجار أن يأخذه بقلعه فى الحال؛ لأنه إنما يستحق قلع الأغصان المنتشرة فى داره وليست فى الحال موجودة، وقد لا توجد من بعد، وإن وجدت فقد يزول ملك الجار فيما بعد.

وهكذا لو أراد حفر بئر فى أرضه، وكانت تصل نداوة البئر إلى حائط جاره - لم يكن للجار أن يمنعه من حفرها؛ لأنه متصرف فى ملكه، كما لا يمنعه من وقود النار وإن تأذى بالدخان.

فرع: إذا مال حائط الرجل إلى دار جاره، فطالبه الجار بإزالة الميل عن داره - فذلك له، وعلى صاحب الحائط أن يهدمه؛ ليزول الميل. أو يهدم منه القدر المائل؛ ليتصرف الجار فى هواء داره كله.

ولو كان ميل الحائط إلى دار صاحبه، وكان الجار خائفًا من انهدامه على نفسه، أو ماله - لم يلزم هدمه؛ لأنه لم يفوت عليه فى الحال حقًا ولا أتلف عليه ملكًا، وانهدامه فى الثانى مظنون، وقد لا يكون.

فرع: حكى أبو بكر بن إدريس عن أبى حامد المروروذى أن أبا إسحاق المروزى سئل عن شجرة الأترج إذا انتشرت أغصانها إلى ملك رجل، ودخل رأس الغصن فى برنية له، وانعقدت فيه أترجة وكبرت، ولم يمكن إخراجها إلا بقطع الغصن والأترجة أو كسر البرنية - ما الواجب؟

فقال: الواجب: قطع الغصن والأترجة؛ لتسلم البرنية؛ لأن الغصن لما شرع فى ملك غيره كان مأخوذًا بإزالته، فلما لم يزله صار متعديًا به؛ فوجب أن يلتزم حكم تعديه، ويكون القطع المتقدم واجبًا عليه، وليس من صاحب البرنية تعد فى وضعها فى ملكه.

فقيل لأبى حامد: ما تقول فى البرنية إذا كانت وديعة فى بيت رجل، فوضعها فى سطحه حتى وقعت فيها أترجة من غصن جاره؟ فقال: تقطع الأترجة؛ لتسلم البرنية؛ لأن قطع الغصن قد كان مستحقًا من قبل، وذلك أسبق من وضع البرنية.

فقيل له: فما تقول: إن كانت الشجرة فى داره والبرنية فى يده؟

قال: يقطع الغصن - أيضًا - لتسلم البرنية؛ لأنه متعد بوضع البرنية بحيث يدخل غصن الشجرة فيها.

فقيل له: ما تقول في حيوان بلع لؤلؤة؟

قال: لا آمر بذبحه، وأتركهم حتى يصطلحوا عليه؛ لأن للحيوان حرمة؛ ألا ترى أنه لو غصب خيطًا وخاط به جرح حيوان، لم يكلف الرد؟![1]

قال المصنف - رحمه الله تعالى -:

(فصل) وإن كان لرجل في زقاق لا ينفذ دار، وظهرها إلى الشارع؛ ففتح بابًا من الدار إلى الشارع، جاز؛ لأن له حق الاستطراق في الشارع، فجاز أن يفتح إليه بابًا من الدار.

وإن كان باب الدار إلى الشارع، وظهرها إلى الزقاق، ففتح بابًا من الدار إلى الزقاق؛ نظرت: فإن فتحه ليستطرق الزقاق، لم يجز؛ لأنه يجعل لنفسه حق الاستطراق في درب مملوك لأهله، لا حق له في طريقه.

فإن قال: أفتحه، ولا أجعله طريقًا، بل أغلقه وأسمره، ففيه وجهان:

أحدهما: أن له ذلك؛ لأنه إذا جاز له أن يرفع جميع حائط الدار، فلأن يجوز أن يفتح فيه بابًا، أولى.

والثاني: لا يجوز؛ لأن الباب دليل على الاستطراق، فمنع منه.

وإن فتح في الحائط كوةً إلى الزقاق، جاز؛ لأنه ليس بطريق، ولا دليل عليه.

فإن كان له داران في زقاقين غير نافذين، وظهر كل واحدة من الدارين إلى الأخرى، فأنفذ إحدى الدارين إلى الأخرى؛ ففيه وجهان:

أحدهما: لا يجوز؛ لأنه يجعل الزقاقين نافذين، ولأنه يجعل لنفسه الاستطراق من كل واحد من الزقاقين إلى الدار التي ليست فيه، ويثبت لأهل كل واحد من الزقاقين الشفعة في دور الزقاق الآخر، على قول من يوجب الشفعة بالطريق.

والثاني: يجوز، - وهو اختيار شيخنا القاضي - رحمه الله - ؛ لأن له أن يزيل الحاجز بين الدارين، ويجعلهما دارًا واحدةً، ويترك البابين على حالهما، فجاز أن ينفذ إحداهما إلى الأخرى.

(الشرح) قوله: «لِيَسْتَطْرِقَ الزُّقَاقَ»[2] أي: يجعله له طريقًا، وكذا الاستطراق،

---

(١) ينظر الحاوي ٦/ ٤٠٧، ٤٠٨ .

(٢) ينظر: النظم (١/ ٢٧٤) .

هو استفعال من الطريق، كالاستحداد من الحديد، والاستجمار من الجمار، وهى: الحجارة.

وقوله: «درب» الدرب: معروف، وأصله: المضيق فى الجبال، ومنه أدرب القوم: إذا دخلوا أرض العدو من بلاد الروم. ذكره فى الصحاح[١].

الأحكام: إذا كان لرجل دار لها طريق فِى درب غير نافذ، وظهرها إلى شارع نافذ - جاز له أن يفتح بابًا إلى الشارع النافذ؛ لأنه يملك الاستطراق فى الشارع النافذ.

فإن قيل: فى ذلك إضرار بأهل الدرب؛ لأنه يجعله نافذًا، فالجواب: أن النافذ هو داره، وليس لأحد أن يستطرق داره بغير إذنه.

وإن كان باب داره إلى الشارع النافذ، وظهرها إلى درب ليس بنافذ - فإن أراد أن يفتح إلى الدرب كوة أو شباكًا للضوء، جاز، ولم يمنع منه؛ لأنه متصرف فى ملكه.

وكذلك إن أراد أن يرفع جداره إلى الدرب غير النافذ، جاز؛ لأنه يتصرف فى ملكه بما لا ضرر فيه على غيره.

وإن أراد أن يفتح إلى الدرب بابًا ليستطرق فيه، لم يكن له الاستطراق؛ لأنه لا حق له فى الاستطراق فيه.

فلو أذنوا له فى ذلك جاز، وكانت إعارة حتى يجوز لهم الرجوع فيها متى شاءوا، ولا يجب له عليهم أرش بسبب فتح الباب وسده[٢].

وإن أراد أن يفتح إليه بابًا، وينصب عليه بابًا، ويسمره، أو لا يسمره، وقال: لا أدخل فيه ولا أخرج - ففيه وجهان:

أحدهما - ليس له ذلك؛ لأن ذلك دلالة على الاستطراق، فيتوهم مع طول الزمان أنه مستحق للاستطراق، فكان لأهل الدرب منعه من ذلك، وهذا ما صححه الشاشى فى «حليته».

والثانى - له ذلك؛ لأنه لو رفع جميع حائطه، لم يكن لأهل الدرب منعه؛ فكذلك إذا رفع بعضه، وإذا أراد الاستطراق على دربهم، منعوه.

ولأنه لو أراد أن يحول بين داره والزقاق ببناءٍ جاز؛ فكذلك إذا أراد أن يحول

---

(١) مادة: (درب).

(٢) ينظر: الكفاية خ.

بينهما بباب؛ وهذا ما صححه أبو القاسم الكرخي، وصاحب «البيان».

إذا ثبت هذا: فإن صالحه أهل الدرب بعوض، جاز؛ لأن الحق فيه لهم؛ فجازت لهم المصالحة.

وهل ذلك بيع أو إجارة؟ حكمه حكم إجراء الماء في أرضه. وهذا إذا لم يكن فيه مسجد، أما إذا كان فيه مسجد فإن للمسلمين فيه حقًا؛ فلا يجوز المصالحة عليه[1].

فرع: وإن كان لرجل داران، وباب كل واحدة منهما إلى زقاق غير نافذ، وظهر كل واحدة منهما إلى ظهر الأخرى:

فإن أراد صاحب الدارين رفع الحائط بينهما، وجعلهما دارًا واحدة - جاز.

وإن أراد أن يفتح من إحداهما بابًا إلى الأخرى؛ ليدخل من كل واحدة من الدارين إلى الأخرى، ويدخل من كل واحد من الدربين إلى كل واحدة من الدارين - ففيه وجهان:

أحدهما - قال الشيخ أبو حامد وأكثر أصحابنا: لا يجوز؛ لأنه يجعلُ لكل واحدة من الدارين طريقًا إلى كل واحد من الدربين، ويجعل الدربين كالدرب الواحد.

ولأنه يثبت الشفعة في دور كل واحد من الدربين لأهل الدرب الآخر - في قول من يثبت الشفعة في الدار؛ لاشتراكهما في الطريق - وهذا لا يجوز.

والثاني - قال القاضي أبو الطيب: يجوز؛ لأن له أن يرفع الحائط كله، فكان له أن يفتح فيه بابًا.

هكذا ذكر المصنف وصاحبا «البيان» و «الكفاية» في المسألة وجهين، وقطع الماوردي بعدم الجواز، وقال: إنه قول أبي حنيفة ومالك.

وأجرى صاحب «الكفاية» الوجهين فيما لو كان له داران مقدَّمُ إحداهما إلى الشارع، وباب الأخرى إلى درب غير نافذ، فأراد فتح باب من إحداهما إلى الأخرى - فهل لأهل الدرب المنع؟ فيه وجهان، قال: أظهرهما: لا[2].

قال المصنف - رحمه الله تعالى -:

(فصل) إذا كان لداره باب في وسط درب لا ينفذ، فأراد أن ينقل الباب؛ نظرت:

---

(١) ينظر: الكفاية خ .

(٢) ينظر الكفاية خ .

فإن أراد نقله إلى أول الدرب، جاز له؛ لأنه يترك بعض حقه من الاستطراق، وإن أراد أن ينقله إلى آخر الدرب؛ ففيه وجهان:

أحدهما: لا يجوز؛ لأنه يريد أن يجعل لنفسه حق الاستطراق فى موضع لم يكن له.

والثانى: يجوز؛ لأن حقه ثابت فى جميع الدرب، ولهذا لو أرادوا قسمته، كان له حق فى جميعه، فإن كان بابه فى آخر الدرب، وأراد أن ينقل الباب إلى وسطه، ويجعل إلى عند الباب دهليزًا، إن قلنا: إن من بابه فى وسط الدرب، يجوز أن يؤخره إلى آخر الدرب، لم يجز لهذا أن يقدمه؛ لأنه مشترك بين الجميع، فلا يجوز أن يختص به، وإن قلنا: لا يجوز، جاز لهذا أن يقدمه؛ لأنه يختص به.

(الشرح) الأحكام: قال ابن الرفعة: وإن كان له دار فى درب غير نافذ وبابها فى آخر الدرب، فأراد أن يقدمه إلى وسط الدرب أو أوله - جاز؛ لأن فى ذلك تركًا لبعض حقه، ولا فرق فى ذلك بين أن يسد الأول أو يتركه مفتوحًا، صرح به الماوردى ولم يحك سواه.

وقال الرافعى: محل الاتفاق إذا سد الأول، أما إذا لم يسده فعلى ما سنذكره فى المسألة بعدها، أى: أنها تكون على وجهين؛ لأن الباب الثانى إذا انضم إلى الأول أورث زيادة زحمة الناس ووقوف الدواب فى السكة؛ فيتضررون به.

وإن كان بابها فى أول الدرب، فأراد أن يؤخره إلى وسطه أو آخره - أى: بغير إذن - لم يجز؛ لأنه يريد أن يجعل لنفسه استطراقًا لم يكن.

وقيل: يجوز.

ثم المعتبر إذنه ومنعه هو من كانت داره فوق الباب الأول بلا خلاف.

وهل لمن داره بين الباب الأول ورأس السكة ذلك؟ فيه وجهان؛ بناء على كيفية الشركة.

وفى النهاية طريق أخرى جازمة بأنه لا منع؛ لأن الفاتح لا يتميز عليهم، وتحويل الميزاب من موضع إلى موضع كفتح باب وسد باب[1].

وقال صاحب «البيان»: إذا كان لرجلين داران فى زقاق غير نافذ، وباب دار

---

(١) ينظر الكفاية خ .

أحدهما قريب من أول الدرب، ولداره فناء يمتد إلى آخر الدرب، وباب دار الآخر فى وسط الدرب - فإن أراد من باب داره قريب من أول الدرب أن يقدم بابه إلى أول الدرب جاز؛ لأنه يترك بعض ما كان له من الاستطراق، وإن أراد أن يؤخر بابه إلى داخل الدرب الذى فناء داره هناك، ففيه وجهان:

أحدهما - له ذلك؛ لأن فناء داره يمتد فكان له تأخير بابه إلى هنالك، ولأن له يدًا فى الدرب؛ فكان الجميع فى يده.

والثاني - ليس له ذلك، وهو الصحيح؛ لأنه يريد أن يجعل لنفسه الاستطراق فى موضع لم يكن له؛ بدليل أنه لو أراد أن يتخطى إلى داخل الدرب، منع منه.

وإن أراد من باب داره فى وسط الدرب أن يُقدم بابه، قال الشيخ أبو حامد: فإن أراد أن يقدمه إلى الموضع الذى لا فناء لصاحبه فيه، كان له ذلك، وجهًا واحدًا، وإن أراد أن يقدمه إلى الموضع الذى لصاحبه هناك فناء، فهل له ذلك؟ يبنى على الوجهين الأولين.

فإن قلنا: ليس لمن باب داره فى أول الدرب أن يؤخر بابه، فلمن باب داره فى وسط الدرب أن يقدم بابه، وهو الصحيح.

فإن قلنا: لمن باب داره فى أول الدرب أن يؤخر بابه إلى وسط الدرب، فليس لمن باب داره فى وسطه، أن يقدم بابه إلى فناء دار جاره.

وقال ابن الصباغ: ينبغى له أن يقدم بابه فى فنائه إلى فناء صاحبه، وجهًا واحدًا؛ لأنه إنما يفتح الباب فى فناء نفسه، ولا حق له فيما جاوز ذلك. اهـ.

وقال صاحب «الحاوى»: إذا كان فى الزقاق المرفوع - أى: - غير النافذ - داران لرجلين: إحداهما فى أوله، والأخرى فى آخره، فأراد صاحب الدار الأولى تغيير بابه ونقله من موضعه إلى غيره:

فإن أراد تقديمه إلى باب الزقاق كان له؛ لأنه قد كان يستحق الاستطراق إلى غاية اقتصر على بعضها؛ فصار تاركًا لبعض حقه.

وإن أراد تأخير بابه إلى صدر الزقاق، لم يكن له؛ لأنه يصير متجاوزًا لحقه فى الاستطراق.

وكان بعض أصحابنا يُجّوز له ذلك، ويجعل عرصة الزقاق كلها مشتركة بينهما؛ تخريجًا من عرصة السفل، إذا تنازعها صاحب العلو والسفل.

فأما صاحب الدار التى فى صدر الزقاق إن أراد تقديم بابه، جاز إن لم يرد إدخال ما وراء ذلك إلى داره.

وإن أراد إدخال ما وراء الباب المستحدث إلى صدر الزقاق فى داره، فهو على اختلاف أصحابنا هل عرصة الزقاق مشتركة بين الدارين أم لا؟

فمن قال: إنها مشتركة، منع صاحب الصدر من إدخال ذلك فى داره.

ومن قال: إنها ليست مشتركة، وإن ما يتجاوز باب الأول يختص بملك صاحب الصدر - جوز له ذلك.

وأما إن أراد صاحب الدار الأول أن يقر بابه فى موضعه، ويفتح دونه بابًا ثانيًا - جاز، ولم يمنع.

وقال أبو حنيفة: أمنعه من فتح باب ثان؛ لأنه يستحق مدخلًا واحدًا؛ فلم يجز أن يتعدى إلى مدخلين.

وهذا خطأ؛ لأنه مستحق للاستطراق فيه؛ فلا فرق بين أن يكون من مدخل أو مدخلين.

ولأن موضع الباب المستحدث لو أراد هدمه لغير باب جاز؛ فكذا الباب[1]. اهـ.

فرع: لو اجتمع أهل الدرب على سد بابه، فجواب المعظم: أنهم لا يمنعون.

وقال أبو الحسن العبادى: يحتمل أن يقال: يمنعون؛ لأن أهل الشوارع يفزعون إليه إذا عرضت زحمة.

ولا شك أنه لو امتنع بعضهم لم يكن للباقى السد.

ولو سدوه متفقين، لم يكن لبعضهم فتحه.

ولو اتفقوا على قسمة صحن السكة بينهم، جاز.

ولو أراد أهل رأس السكة قسمة الرأس بينهم منعوا.

ولو أراد أهل الأسفل قسمته فوجهان؛ بناء على أن أهل رأس السكة: هل يشاركونهم فى الأسفل؟

وهكذا لو لم يكن فى الأسفل إلا دار واحدة، فأراد صاحبها أن يقدم بابه إلى وسط الدرب، ويجعل ذلك دهليزًا، حكاه فى «الحلية»، والذى اختاره فى «المرشد»

---

(١) ينظر: الحاوى ٦/ ٣٩٤، ٣٩٥ .

فى هذه: المنع.

فرع: هل يجوز غرس شجرة ونصب دكة فى الشارع؟ فيه وجهان، المذكور منهما فى طريقة العراق: المنع، ولا فرق بين أن يفعل ذلك بفناء داره أو لا، صرح به فى «البسيط».

ومحل الجواز إذا لم يضر بالمارة.

ويجوز أن يعجن الطين فى الطريق، إذا لم يمنع المرور فيه، قاله العبادى[1].

قال المصنف - رحمه الله تعالى -:

(فصل) إذا كان بين رجلين حائط مشترك فانهدم، فدعا أحدهما صاحبه إلى العمارة، وامتنع الآخر؛ ففيه قولان:

قال (فى القديم) يجبر؛ لأنه إنفاق على مشترك يزول به الضرر عنه، وعن شريكه، فأجبر عليه؛ كالإنفاق على العبد.

وقال (فى الجديد): لا يجبر؛ لأنه إنفاق على ملك لو انفرد به، لم يجب، فإذا اشتركا لم يجب؛ كزراعة الأرض.

فإن قلنا بقوله القديم: أجبر الحاكم الممتنع على الإنفاق، فإن لم يفعل، وله مال، باعه وأنفق عليه؛ فإن لم يكن له مال، اقترض عليه، وأنفق عليه، فإذا بنى الحائط كان بينهما، كما كان، ومن له رسم خشب أو غيره، أعاده، كما كان.

وإن أراد الشريك أن يبنيه، لم يمنع منه؛ لأنه يعيد رسمًا فى ملك مشترك، فلم يمنع منه، كما لو كان على الحائط رسم خشب فوقع، فإن بنى الحائط من غير إذن الحاكم؛ نظرت: فإن بناه بآلته ونقضه معًا؛ عاد الحائط بينهما، كما كان برسومه وحقوقه؛ لأن الحائط عاد بعينه، وليس للبانى فيه إلا أثر فى تأليفه، وإن بناه بغير آلته كان الحائط للبانى، لا يجوز لشريكه أن ينتفع من غير إذنه.

فإن أراد البانى نقضه كان له ذلك؛ لأنه ملكه لا حق لغيره فيه، فجاز له نقضه، فإن قال له الممتنع: لا تنقض، وأنا أعطيك نصف القيمة، لم يجز له نقضه؛ لأن على هذا القول يجبر على البناء.

فإذا بناه أحدهما، وبذل له الآخر نصف القيمة، وجب تبقيته، وأجبر عليه، كما

---

(١) ينظر: الكفاية خ .

أجبر على البناء.

وإن قلنا بقوله الجديد: فأراد الشريك أن يبنيه، لم يمنع؛ لأنه يعيد رسمًا فى ملك مشترك، وهو عرصة الحائط، فلم يمنع منه.

فإن بناه بآلته، فهو بينهما، ولكل واحد منهما أن ينتفع به، ويعيد ماله من رسم خشب.

وإن بناه بآلة أخرى؛ فالحائط له، وله أن يمنع الشريك من الانتفاع به، وإن أراد نقضه كان له؛ لأنه لا حق لغيره فيه.

فإن قال له الشريك: لا تنقضه، وأنا أعطيك نصف القيمة؛ لم يمنع من نقضه؛ لأن على هذا القول لو امتنع من البناء فى الابتداء، لم يجبر، فإذا بناه، لم يجبر على تبقيته.

وإن قال: قد كان لى عليه رسم خشب، وأعطيك نصف القيمة، وأعيد رسم الخشب، قلنا للبانى: إما أن تمكنه من إعادة رسمه، وتأخذ نصف القيمة، وإما أن تنقضه ليبنى معك؛ لأن القرار مشترك بينهما، فلا يجوز أن يعيد رسمه، ويسقط حق شريكه.

(الشرح) قوله: «رسم خَشَبٍ»[1] الرسم: الأثر، ورسم الدار: أثرها اللاصق بالأرض. والحائط: الجدار، مأخوذ من حاط يحوط: إذا طاف به من جوانبه.

قوله: «فإن بناه بآلته ونُقُضه» بالضم: هو جمع نُقْض، وهو: ما يُنتقض من البناء، ومثله: النقاضة، ويجوز إسكانه للتخفيف، مثل رُسُلٍ وَرُسْلٍ[2].

الأحكام: إذا كان بينهما حائط مشترك، فانهدم، أو هدماه، فدعا أحدهما صاحبه إلى بنائه، وامتنع الآخر - فهل يجبر الممتنع؟ فيه قولان. قال العمرانى: وهكذا لو كان بينهما نهر فطم، أو بئر فاجتمع فيها الطين - فهل يجبر الممتنع من كسحها على ذلك؟ فيه قولان.

وقال أبو حنيفة: لا يُجبر الممتنع على بناء الحائط، ويجبر على كسح النهر والبئر.

---

(١) ينظر: النظم (١/ ٢٧٤).

(٢) ينظر: الصحاح والمصباح والقاموس (نقض)، والعين (٥/ ٥٠، ٥١)، والمحكم (٦/ ١١١)، ومثلث ابن السيد (٢/ ٢٠١)، واللسان (نقض).

وعندنا: الجميع على قولين:

أحدهما - وهو القديم عند الجمهور لا غير، والقديم وأحد قولى الجديد عند المزنى وابن أبى هريرة على ما رواه الماوردى -: أنه يجبر الممتنع منهما، وهو الذى صححه ابن الصباغ، واختاره فى «المرشد» ؛ لقوله ﷺ: «لَا ضَرَرَ وَلَا ضِرَارَ»، فلما نفى لحوق الإضرار دل على وجوب الإجبار.

ولأنه لما استحق الشفعة؛ لزوال الضرر بها، ووجبت القسمة إذا دُعِى إليها أحد الشريكين؛ لينتفى الإضرار - كان وجوب إجبار الممتنع من البناء أولى؛ لأننا إذا لم نجبر الممتنع، أضررنا بشريكه.

ولأنه إنفاق على ملك مشترك؛ لإزالة الضرر، فأجبر الممتنع منهما؛ كالإنفاق على العبد المشترك.

والثانى - قال فى الجديد: لا يُجبر الممتنع؛ لقوله - ﷺ -: «لَا يَحِلُّ مَالُ امْرِئٍ مُسْلِمٍ إِلَّا بِطِيبِ نَفْسٍ مِنْهُ» فلم يجبر على عمارة ملكه وإن تضرر به الغير؛ لأنه إنفاق على ملك لو انفرد بملكه لم يجبر عليه، فإذا كان مشاركًا لغيره لم يجبر عليه؛ كما لو كان بينهما براح من الأرض لا بناء عليه، فدعا أحدهما الآخر إلى البناء، فامتنع الآخر، فإنه لا يُجبر، وكما لو كان بينهما أرض مشتركة، فدعا أحدهما الآخر إلى زراعتها، فامتنع - فإنه لا يجبر، وعكس ذلك العبد: لما لزم صاحبه الإنفاق عليه عند الانفراد بملكه، أجبر على الإنفاق عليه إذا شارك غيره.

وأما الخبر: فلا حجة فيه؛ لأنا لو أجبرنا الشريك لأضررنا به، والضرر لا يُزال بالضرر؛ فليس استعمال الخبر فى نفى الضرر عن الطالب بأولى من استعماله فى نفى الضرر عن المطلوب.

ويجاب عن قياسهم على الشفعة بأنه لا ضرر على المأخوذ منه؛ لأنه يأخذ ما بذله.

ويجاب عن قياسهم على القسمة بأنها فرز والعمارة غرم[1].

فإذا قلنا بقوله القديم، وطالب الشريك شريكه بالبناء - لزمه الإنفاق معه بقسط ما يملك من الحائط، فإن امتنع نظر فى حاله: فإن كان موسرًا أجبر فى الحال، فإن

(١) ينظر: الكفاية خ .

امتنع وله مال أنفق الحاكم منه ما يخصه: فإن كان التداعى فى حائط مشترك بينهما نصفين فهى عليهما كذلك، وإن كانت فى بئر أو نهر، قال الماوردى: فيكفيه التقسيط عند الشافعى، والجمهور على قدر أملاكهم، إلا أن منهم من قسطها على قدر مساحات الأرضين وقدر جريانها؛ لأن الماء الجارى فيها يسح عليها، على قدر مساحتها وجريانها.

ومنهم من قسطها على قدر مساحة وجه الأرض التى على الأرض، وهو أشبه بمذهب الشافعى وقول أصحابه؛ لأن مؤنة الحفر تزيد بطول مسافة الوجه الذى على البئر، وتقل بقصره؛ فوجب أن يكون معتبرًا به.

وإن كان الممتنع معسرًا، كان للحاكم أن يستقرض عليه، وله أن يقول للطالب: أنت مخير بين أن تعمر الجميع بمالك، وترجع عليه عند اليسار بحصته، أو تكف، على ما حكاه الماوردى[١].

فإن بناه الشريك بإذن الممتنع، أو بإذن الحاكم - كان الحائط ملكًا بينهما كما كان، ويرجع الذى بناه على شريكه بحصته من النفقة.

وإن بناه بغير إذن شريكه، ولا إذن الحاكم - لم يرجع بما أنفق؛ لأنه متطوع بالإنفاق.

وذكر ابن الرفعة: أنه إن بناه بغير إذن الحاكم، ففى الرجوع ثلاثة أوجه:

أحدها - إن قدر على إذن الحاكم، فلم يستأذنه - فلا رجوع. وإن لم يقدر على إذنه، رجع. وادعى الإمام: أن هذا أعدل الوجوه.

وفى «الحاوى»: أن الذى عليه الجمهور القول بعدم الرجوع مطلقًا؛ كما لو كان الممتنع موسرًا، ومقابله منسوب إلى أبى حامد المروروذى، وقال تفريعًا عليه: إن له منع الشريك من التصرف فيما بناه إلى توفية ما بذله عنه، ويصير كالمرهون تحت يده.

وفى الرافعى: أن المزنى أشار إلى قولين فى المسألة فيهما طريقان:

أظهرهما - وبه قال ابن خيران وابن الوكيل: القطع بعدم الرجوع على ما إذا كان بالإذن.

---

(١) ينظر: الكفاية خ .

والثانى - أن القول بعدم الرجوع محمول على الجديد، والقول بالرجوع تفريع على القديم الذى عليه نفرع، وبه قال ابن القطان.

والثالث - أنا إن قلنا بالقديم رجع لا محالة، وإن قلنا بالجديد فقولان.

إذا ثبت هذا: فإن أراد أحدهما أن يبنى، لم يمنع على القولين معًا؛ لأنه يزول بذلك الضرر عن الطالب من غير ضرر يلحق الممتنع.

فإن بناه بآلة له، فهو ملك له ينفرد بالارتفاق به؛ لأنه عين ماله، وليس للممتنع الانتفاع به بدق وتد، ولا فتح كوة.

فإن أراد الذى بناه نقضه، كان له ذلك؛ لأنه منفرد بملكه. فإن قال له الممتنع: لا تنقض، وأنا أدفع ما يخصنى من النفقة - أجبر الذى بناه على التبقية؛ لأنه لما أجبر الشريك على البناء، أجبر الذى بنى على التبقية ببذل النفقة.

قال ابن الرفعة: كذا قاله الأصحاب، وفيه نظر؛ من حيث إن فى ذلك إجبارًا على تمليك نصف آلته الخاصة به، وهو لا يجبر على ذلك ابتداء.

وإن بناه بما وقع من الآلة فهو مشترك بينهما؛ لأنه عين مالهما، وهو متبرع بما غرمه على التأليف، ويعود الحكم فى الانتفاع بذلك كما كان قبل الوقوع، فلو أراد الثانى هدمه لم يكن له إلا بإذن الشريك، فلو بادر وهدمه، قال الإمام: فالمذهب أنه يغرم ما نقصه النقض[1].

وإن كان بينهما نهرٌ أو بئر، وأنفق أحدهما بغير إذن شريكه، وغير إذن الحاكم - فإنه لا يرجع بما أنفق، وليس له أن يمنع شريكه من نصيبه من الماء؛ لأن الماء ينبع فى ملكيهما، وليس له إلا نقل الطين، وذلك أثر لا عين، بخلاف الحائط.

وإن قلنا بقوله الجديد، لم يجبر الممتنع منهما، فإن أراد أحدهما بناءه لم يكن للآخر منعه من ذلك؛ لأنه يزول به الضرر عن الثانى. فإن بناه بآلته كان الحائط ملكًا لهما كما كان، فلو أراد الذى بناه أن ينقضه لم يكن له ذلك؛ لأن الحائط ملكهما، فهو كما لو لم ينفرد ببنائه، وإن بناه بآلة له فهو ملك للذى بناه، وله أن يمنع شريكه من الارتفاق به، فإن أراد الذى بناه أن ينقضه كان له ذلك؛ لأنه ملك له ينفرد به.

فإن قال له الممتنع: لا تنقض، وأنا أدفع إليك ما يخصنى من النفقة - لم يجبر

---

(١) ينظر: الكفاية خ .

الذى بناه على التبقية؛ لأنه لما لم يجبر على البناء فى الابتداء لم يجبر على التبقية فى الانتهاء.

فإن طالب الشريك الممتنع بنقضه لم يكن له ذلك، إلا أن يكون له رسم خشب، فيقول له: إما أن تأخذ منى ما يخصنى من النفقة، وتمكننى من وضع خشبى، أو تقلع حائطك لنبنيه جميعًا - فيكون له ذلك؛ لأنه ليس للذى بنى إبطال رسوم شريكه.

فرع: هذا إذا انهدم أو هدماه من غير شرط البناء، فأما إذا هدماه على أن يبنيه أحدهما، أو هما، أو هدمه أحدهما متعديًا - قال الشافعى: أجبرته على البناء. واختلف أصحابنا فيه:

فمنهم من قال: هى على قولين؛ كما لو هدماه من غير شرط، والذى نص عليه الشافعى إنما هو على القول القديم، وهو اختيار المحاملى؛ لأن الحائط لا يُضمن بالمثل.

ومنهم من قال: يجبر عليه، قولًا واحدًا.

قال الشيخ أبو حامد: وهو الصحيح؛ لأن الشافعى نص على ذلك فى الجديد، ولأنه هدمه بهذا الشرط؛ فلزمه الوفاء به.

هذا ما أورده صاحب «البيان»، وبسط ابن الرفعة المسألة، فقال: إن استهدم الجدار، فنقضه أحدهما: إما تعديًا، أو بإذن شريكه بشرط أن يعيده من ماله، كما قاله المحاملى، أو من مالهما، كما قاله الماوردى - أجبر على إعادته - لتعديه - أو إلزامه، وهذا ما حكاه البغوى فى صورة التعدى، والماوردى عن الإمام فى الصورة الثانية وصححه، وجعله المحاملى فى الصورتين ظاهر المذهب، وعليه حمل الجمهور ما حكيناه عن الجديد من قبل، وقيل: هو - أيضًا - على القولين السابقين؛ لما ذكرناه.

قال الماوردى: وهذا ليس بصحيح.

وفى الرافعى و«التهذيب» و«مجموع» المحاملى: أن هذا الطريق هو الذى يقتضيه القياس؛ فإن الحائط لا يضمن بالمثل؛ فيغرم أرش النقصان، وهذا الكلام فيه دلالة ظاهرة على أنَّا على الطريق الأول نوجب على الهادم الإعادة؛ جبرًا لما أزاله، والذى يظهر: أن المراد به: إذا غرم أرش النقصان ليس له الامتناع من

المباناة؛ بل يجبر عليها على الجديد كما يجبر على القديم، ويعضده أن الطريق الثاني مصرح بذلك.

وأمر آخر: وهو أنَّا لو أجبرنا الهادم على الإعادة من ماله جبرًا لما أزاله، فإما أن نجبره على أن يعيده مستهدمًا كما كان أو غير مستهدم، ولا قدرة له على الأول؛ لأنه غير منضبط، ولا سبيل إلى الثاني؛ لكونه زائدًا على ما أزاله، وذلك حيف؛ فلا يجوز، والله أعلم[١].

فرع: إذا هدم الشريكان حائطًا بينهما، أو انهدم، ثم اصطلحا عند بنائه بمالهما أن يكون لأحدهما ثلثه، وللآخر ثلثاه، على أن يحمل كل واحد منهما عليه ما شاء من أجذاع وغيرها - فهذا صلح باطل؛ لأنه بذل بصلحه على الثلث بعد ملكه النصف سدسًا بغير عوض، وبَذْل الملك في الصلح إذا كان عبثًا بغير عوض لا يصح؛[٢] كما لو ادعى على رجل دارًا فأقر له بها، ثم صالحه المدعى منها على سُكناها - فلا يصح؛ لأنه ملكه الدار والمنفعة، ثم مصالحته على منفعتها ترك حق له بلا عوض، كذلك هاهنا مثله.

ولأن هذا شرط فاسد؛ لأن كل واحد منهما شرط أن يحمل عليه ما شاء، والحائط لا يحمل ما شاء؛ فلم يصح، كما لو صالحه على أن يبني على حائطه ما يشاء، فإنه لا يصح؛ لأن ذلك مجهول.

فإذا ثبت بطلان الصلح - لما ذكرنا - وكانا قد عملا به، ووضعا فوق الحائط ما شاءا - فالملك بينهما نصفين على ما كان من قبل، ثم لكل واحدٍ منهما أن يأخذ صاحبه بقلع ما وضعه في الحائط من أجذاعه.

وسواء في ذلك من شرط الزيادة والنقصان؛ لأنه وإن كان مأذونًا فيه فهو عن عقد فاسد؛ ففسد ما تضمنه من الإذن.

ولأن الإذن يقتضي وضع ما يستأنفه كما يقتضي وضع ما تقدمه، ثم كان ممنوعًا من المستأنف فكذلك من المتقدم، ولا وجه لأن يقر أجذاع من شرط الزيادة لنفسه؛ لأن صاحبه قد شرط عليه ما لم يحصل له من وضع ما شاء من أجذاعه[٣].

---

(١) ينظر: الكفاية خ .

(٢) ينظر: الحاوي ٦/ ٣٩٧ .

(٣) ينظر: الحاوي ٦/ ٣٩٨ .

وإن اصطلحا على أن يبنياه، وينفق عليه أحدهما ثلث النفقة، وينفق عليه الآخر ثلثى النفقة، ويحمل على الحائط خشبًا معلومة - فقد قال الشيخ أبو حامد فى درسه أولا: يصح الصلح؛ لأنه لما زاد فى الإنفاق ترك الآخر بعض حقه بعوض.

وقال فى درسه ثانية: لا يصح هذا الصلح؛ لأن النفقة التى تزيد عن نفقة حقه مجهولة، والصلح على عوض مجهول لايصح.

ولأنه صلح على ما ليس بموجود؛ لأن الحائط وقت العقد معدوم.

فرع: إذا كان الحائط بين شريكين، فطلب أحدهما القسمة، وأراد إجبار شريكه عليها عند امتناعه منها - لم يخل ذلك من ثلاثة أقسام:

أحدها - أن يكون بناء لا عرصة له.

والثانى - أن يكون عرصة لا بناء فيها.

والثالث - أن يكونا معًا.

فإن كان الحائط بناء لا عرصة له، لم يجز أن يقسم جبرًا؛ لأن البناء لا يعلم ما فيه ليتساويا فى الاقتسام به إلا بعد هدمه، وفى هدمه ضرر؛ فلم يدخله إجبار، فإن اصطلحا عليه جاز.

وإن كان ذلك عرصة لا بناء فيها، دخلها الإجبار فى القسمة، فإن دعا الطالب إلى قسمة عرصة الحائط طولًا، أجيب إليها.

ومثاله: أن يكون طول العرصة عشر أذرع، وعرضها ذراع، فيدعو إلى قسمة الطول؛ ليكون خمس أذرع من العشرة فى عرض ذراع - فهذا جائز؛ لأن أى النصفين حصل له بالقرعة نفعه، فإن دُعِىَ إلى القسمة عرضًا؛ ليكون له شبر من العرض فى الطول كله - ففى جواز الجبر عليها وجهان:

أحدهما - وهو قول أبى إسحاق المروزى -: أنه لا يجاب إليها، ولا يجبر الممتنع عليها؛ لأن قسمة الإجبار ما دخلتها القرعة.

ودخول القرعة فى هذه القسمة مضر؛ لأنه قد يحصل لكل منهما بالقرعة ما يلى صاحبه؛ فلا ينتفع واحد منهما بشىء مما صار إليه، وعادت بالضرر عليه، والقسمة إذا عادت بضرر الشريكين، لم يدخلها الإجبار.

والوجه الثانى - وهو قول أبى على ابن أبى هريرة -: أنه يجاب إليها، ويقسم عرض العرصة بينهما، ويدفع إلى كل واحد منهما النصف الذى يليه بغير ذرعه؛ لأن

القرعة تدخل فى القسمة لتمييز ما اشتبه الانتفاع به، والأنفع لكل واحد منهما: أن يأخذ ما يليه؛ فلم يكن لدخول القرعة وجه.

قال الشافعي: ثم قلت له: إن شئت أن تزيد من عرصة دارك أو بيتك شبرًا آخر؛ ليكون لك جدارًا خالصًا - فذلك لك.

وهذا لم يقله مشورة كما عابه من جهل معنى كلامه؛ وإنما قاله ليبين أن كل واحد منهما قد ينتفع بما صار له.

ثم ذكر وجه المنفعة: بأن يضم إلى العرصة شبرًا؛ ليصير جدارًا كاملًا.

فرع: فإن كان الحائط بناء وعرصة، نظر فى طالب القسمة: فإن دعا إليها عرضًا؛ ليكون له شبر من عرض البناء، والعرصة من الطول كله - لم يجب إليها جبرًا، ولا يصح ذلك بينهما تراضيًا واختيارًا، وإنما كان كذلك؛ لأن ما يصير إلى كل واحد منهما من نصف العرض مضر به وبصاحبه؛ لأنه إن أراد هدمه، لم يقدر عليه إلا بهدم ما لشريكه أو شيء منه، وإن أراد وضع شيء عليه، وقع الثقل على ما لشريكه؛ فأضرَّ به.

فإن قيل: فهلا جاز ذلك بتراضيهما؟

قيل: إن تراضيا بهدمه فى الحال والاقتسام بآلته، جاز.

وإن تراضيا بقسمته بناء قائمًا، وتحديد ما لكل واحد منهما متصلًا - لم يجز؛ لما ذكرنا من دخول الضرر فيما بعد.

وإن كان الطالب يدعو إلى قسمته طولًا؛ ليكون لكل واحد منهما نصفه طولًا فى العرض كله - جازت بالتراضى.

وفى جواز الإجبار عليها وجهان:

أحدهما - وهو ظاهر قول أبى إسحاق المروزى -: لا يجاب إليها، ولا يجبر الممتنع عليها؛ لأنه قد لا يقدر على هدم النصف الذى صار له إلا بهدم شيء من نصف صاحبه؛ فصارت ضررًا عليهما.

والوجه الثانى - وهو قول أبى على بن أبى هريرة -: يجبره على هذه القسمة بالقرعة؛ لأن الضرر على كل واحد منهما فى هدم حصته يسير؛ فلم يمنع من القسمة.

ولأنه قد يمكن له إزالة الضرر بقطع الحائط بينهما بالمنشار؛ فلا ينهدم من حصة

الآخر شيء(١).

فرع: إذا كان حائط بين دارين تنازعه المالكان، وقال كل واحد منهما: هو لى دونك، ولا بينة لواحد منهما على دعواه - فلا يخلو حال الحائط من ثلاثة أقسام:

إما أن يكون متصلًا ببنائهما، أو يكون منفصلًا عن بنائهما، أو يكون متصلًا ببناء أحدهما منفصلًا عن بناء الآخر.

فإن كان متصلًا ببنائهما أو منفصلًا عن بنائهما، فهما فى الحكم سواء على ما نذكره.

وإن كان متصلًا ببناء أحدهما دون الآخر، واتصاله: هو أن يكون بناء أحدهما قد اتصل ببنية الحائط على ما لا يمكن إحداث مثله بعد كمال البناء؛ فصار حائط أحدهما المعارض مسندًا بالحائط المتنازع فيه، سواء كان اتصال تربيع أم لا.

وقال أبو حنيفة: اتصال البناء أن يكون تربيع دار أحدهما مسندًا بالحائط المتنازع فيه، ولا يكون اتصال بعض الحدود مؤثرًا.

وهذا خطأ؛ لأن اتصاله ببعض حدود الدار مما لا يمكن إحداثه بعد كمال البناء، كما أن اتصاله بجميع الحدود تربيعًا لا يمكن إحداثه بعد كمال البناء؛ فوجب أن يكون الحكم فيهما على سواء.

فأما إن كان على الحائط لأحدهما أَزَجٌ أو قبة، نظر فى الحائط: فإن كان قد بنى من أساسه متعرجًا - على ما جرت به عادة بعض القباب والآزاج - فهذا اتصال؛ لأن هذا التعريج لا يمكن إحداث مثله بعد كمال البناء.

وإن لم يكن بناء الحائط متعرجًا، فالأزج المبنى عليه والقبة لا يكون متصلًا بالحائط كله؛ لأن إحداث مثل الأزج والقبة على الحائط بعد كمال البناء ممكن؛ فصار كالأجذاع، لكن ما كان من أعلى الحائط خارجًا عن تعريج القبة والأزج، فهو لصاحب القبة والأزج، وما انحدر عنه من انتصاب الحائط فى حكم المنفصل غير المتصل.

وأما إن كان الحائط المتنازع فيه ينتهى طولًا إلى أن يتجاوز ملك أحدهما، ولا يجاوز ملك الآخر، مثل: أن يكون طوله الحائط عشرين ذراعًا، وعرصة أحدهما

---

(١) ينظر: الحاوى ٦/٣٩٦، ٣٩٧ .

عشر أذرع، وعرصة الآخر عشرون ذراعًا، فيتنازعان من الحائط ما كان بين عرصتيهما معًا دون القدر المجاوز - فقد اختلف أصحابنا: هل يكون هذا فى حكم المتصل أو المنفصل؟ على وجهين:

أحدهما - يكون فى حكم المتصل؛ لأن ما اتصل بعرضه فى بناء أحدهما بمثل ما اتصل بطوله.

والوجه الثانى - ألا يكون متصلاً، ويكون فى حكم المنفصل؛ لأن اتصال العرض لا يمكن إحداثه بعد كمال البناء، واتصال الطول يمكن إحداثه بعد كمال البناء.

فإذا ثبت أن الاتصال ما ذكرنا، وكان متصلًا ببناء أحدهما دون الآخر - فهو لمن اتصل ببنائه بعد أن يحلف لصاحبه؛ وإنما كان كذلك لأمرين:

أحدهما - أن اتصاله بما له تصرف فيه يدٌ، وصاحب اليد المتصرفة أحق من غيره؛ كمن نوزع شيئًا فى يده.

والثانى - أن اتصاله بملكه دليل على تملكه؛ كمن نوزع بناءً فى أرضه، كان لصاحب الأرض دون منازعة، ثم لزمته اليمين؛ لأن هذا دال على الملك، وليس بموجب له؛ فلزمت فيه اليمين كاليد.

فأما إذا كان متصلًا ببنائيهما أو منفصلًا عن بنائيهما، فهما فيه سواء، ويتحالفان عليه.

وهل يكون الحاكم مخيرًا فى الابتداء بإحلاف أيهما شاء أو يقرع بينهما؟ على وجهين:

أحدهما - يكون مخيرًا؛ لاستوائهما.

والثانى - يقرع بينهما؛ لانتفاء التهمة عنه.

وفى قدر ما يحلف كل واحد منهما عليه وجهان:

أحدهما - وهو قول البغداديين -: أنه يحلف على نصفه؛ لأنه يحلف على ما يصير إليه بيمينه، والذى يصير إلى كل واحد منهما النصف.

والوجه الثانى - وهو قول جمهور أصحابنا -: أنه يحلف على جميعه؛ لأنه يحلف على ما يدعيه، وهو يدعى جميعه.

ثم على كلا الوجهين لا بد أن تتضمن يمينه النفى والإثبات؛ لأنه ينفى ملك

غيره، ويثبت ملك نفسه.

ولكن اختلف أصحابنا: هل يحتاج إلى يمين واحدة للنفى والإثبات، أو يحتاج إلى يمينين: إحداهما للنفى، والأخرى للإثبات؟ على وجهين:

أحدهما - أنه يحلف يمينًا واحدة تتضمن النفى والإثبات؛ لأنه أفصل للقضاء، وأثبت للحكم.

والوجه الثانى - وهو قول أبى العباس بن سريج وأبى على بن خيران وطائفة -: أنه يحلف يمينين: إحدهما للنفى؛ لأنه منكر بها.

والثانية للإثبات؛ لأنه مدع بها.

فإذا ثبت ما وصفنا، لم يخل حالهما من ثلاث أحوال:

إما أن يحلفا معًا، فيجعل الحائط بينهما بأيمانهما.

أو ينكلا معًا، فيمنعان من التخاصم، ولا يحكم لواحد منهما بملك شىء منه، ويكون الحائط موقوفًا على ما كان عليه من قبل.

أو يحلف أحدهما، وينكل الآخر - فيحكم به للحالف منهما دون الناكل.

وهكذا لو حلف أحدهما يمينين على أحد الوجهين، وحلف الآخر يمينًا واحدة - حكم به للحالف بيمينين، وكان الحالف يمينًا بمثابة الناكل؛ لأن يمينه لم تكمل، فلو أقام الناكل بينة كان أحق ببينته من يمين صاحبه.

إذا ثبت هذا، فقد قال الشافعى - رحمه الله -: «ولا أنظر إلى من إليه الخوارج ولا الدواخل، ولا أنصاف اللبن، ولا معاقد القُمُط؛ لأنه ليس فى شىء من هذا دلالة».

قال الماوردى: وهذا صحيح. والدواخل: هى وجوه الحيطان، والخوارج: هى ظهور الحيطان، وأنصاف اللبن: فيها تأويلان، حكاهما ابن أبى هريرة:

أحدهما - أن تكون كسور أنصاف اللبن إلى أحدهما، والصحيح منه إلى الآخر.

والثانى - أنه إفريز يخرجه البنَّاء فى أعلى الحائط نحو نصف لبنة؛ ليكون وقاية للحائط من المطر وغيره.

وأما معاقد القمط: فتكون فى الأخصاص، وهى الخيوط التى يشد بها الخص؛ لأن القمط جمع قماط، وهو الخيط.

فإذا تنازع جاران حائطًا بينهما، وكان إلى أحدهما الدواخل وأنصاف اللبن - لم

يكن ذلك دليلًا على ملكه.

وكذلك لو ادعى خصًّا وكان إلى أحدهما معاقد القمط - لم يكن ذلك دليلًا على ملكه، وهو قول أبى حنيفة.

وجعل أبو يوسف ومحمد هذه دلائل على الملك، وهو قول بعض أهل المدينة؛ استدلالًا بما روى أن رجلين تنازعا جدارًا بينهما، فأمر النبى ﷺ حذيفة أن يحكم، فحكم بالجدار لمن إليه معاقد القِمْط؛ فقال النبى ﷺ: «أَصَبْتَ»[1].

قالوا: لأن العادة جارية فى بناء الحائط أن يكون وجهه إلى مالكه وظهره إلى غيره، ومعاقد الخص تكون إلى مالكه؛ فوجب أن يحكم بظاهر العادة؛ كما يحكم بها فى اتصال البنيان.

وهذا خطأ؛ لعموم قوله ﷺ: «الْبَيِّنَةُ عَلَى الْمُدَّعِى وَالْيَمِينُ عَلَى الْمُدَّعَى عَلَيْهِ»[2].

ولأن هذه أمور قد يقصد بها فى البناء: الجمَالُ، فربما أحب الإنسان أن يجعل أجمل بنيانه وأحسنه إلى منزله، وربما أحب أن يجعله خارجًا فيما يراه الناس؛ فلم يجز مع اختلاف العادة فيه فى سائر الأغراض أن يجعل دالًا على الملك؛ كالتزاويق والنقش، لا يكون وجوده من جانب أحدهما دليلًا على ملكه؛ كذلك ما ذكرناه.

فأما الجواب عن الخبر: فهو أنه ضعيف؛ لأن راويه دهثم بن قُرَّان، وهو مرغوب عنه.

فإن صح لم يكن فيه دلالة؛ لأنه لم يجعل معاقد القمط علة فى الحكم، وإنما جعلها تعريفًا لمن حكم له؛ كما لو قيل: حكم للأسود، لم يدل على أن السواد علة للحكم؛ وإنما يكون سمة وتعريفًا لمن وجب له الحكم.

وأما ادعاؤهم العرف المعتاد فيه فغير صحيح؛ لما ذكرنا من اختلاف الأغراض فيه.

فرع: وإذا تنازع الجاران حائطًا بينهما، وكان لأحدهما عليه جذوع - فهما فيه

---

(١) أخرجه الدارقطنى ٤/٢٢٩، والبيهقى فى السنن الكبرى ٦/٦٧ وقال: تفرد بهذا الحديث دهثم بن قران اليمامى وهو ضعيف، واختلفوا عليه فى إسناده فروى هكذا وروى من وجهين آخرين .

(٢) تقدم .

سواء.

وقال أبو حنيفة: صاحب الجذوع أحق بها إذا كانت جذوعه ثلاثة فصاعدًا، فإن كانت أقل من ثلاثة، وكان بدل الجذوع متصلًا - فهما فيه سواء؛ استدلالًا بأن وضع الجذوع أوكد من اتصال البناء؛ لأن وضع الجذوع يثبت يدًا وارتفاقًا، واتصال البناء يثبت أحدهما وهو الارتفاق دون اليد؛ فلما كان اتصال البناء دالًا على الملك، كان وضع الجذوع أولى بأن يدل على الملك.

ولأن وضع الجذوع تصرف فى الملك؛ فوجب أن يكون دالًا على الملك؛ كالأزج والقبة.

ولأن وضع الجذوع هو تركيب على الحائطين يجرى مجرى ركوب الدابة، وقد ثبت أن دابة لو تنازعها راكبها وآخذ بلجامها، كان راكبها أحق بها ممن هو آخذ بلجامها؛ فكذلك الحائط إذا تنازعه صاحب الجذوع وغيره، كان صاحب الجذوع أحق.

والدلالة على صحة ما ذهبنا إليه: هو أن كل ما لم يكن قليله دالًا على الملك، لم يكن كثيره دالا على الملك؛ كالرفوف.

ولأن ما أمكن إحداثه بعد كمال البناء، لم يكن دالًا على ذلك البناء: كالجص، والنقش.

ولأنه لو كان بين صاحب الأجذاع والحائط طريق نافذة: كالساباط، لم يكن وضع أجذاعه فيه دليلًا على ملكه له، كذلك إذا اتصل بملكه.

ولأن وضع الجذوع لو كان يدًا، لاستوى الأمران فى الاتصال بالملك والانفصال عنه.

ولأن وضع الأجذاع فى الحائط قد يكون بالملك تارة، وبالإذن أخرى، وبالحكم ثالثة - فلم يجز مع اختلاف أسبابه أن يكون مقصورًا على أحدها فى الاستدلال به على الملك.

فأما الجواب عن استدلاله باتصال البنيان فهو أن ذلك مما لا يمكن حدوثه بعد كمال البنيان؛ فجاز أن يدل على الملك لاقترانه به، وليس كذلك الجذوع.

وبمثله يكون الجواب عن الأزج والقبة إن كان مما لا يمكن حدوثه مثله بعد البنيان.

وأما الجواب عما استدلوا به من راكب الدابة وقائدها، فقد اختلف فيه أصحابنا على وجهين:

أحدهما - وهو قول أبى إسحاق المروزى -: أنهما فى الدابة سواء، تكون بينهما نصفين؛ فعلى هذا يسقط الاستدلال به.

والوجه الثانى - أن الراكب أحق بها من الآخذ بلجامها.

والفرق بين ذلك وبين وضع الجذوع وتركيبها على الحائط، من وجهين:

أحدهما - أن الإجماع مانع من ركوب دابة الإنسان إلا بإذنه؛ فجاز أن يكون ركوبها دليلًا على ملكه والخلاف منتشر فى أن للإنسان أن يضع أجذاعه جبرًا فى حائط غيره؛ فلم يكن وضعها دليلًا على ملكه.

والثانى - أن الركوب لما كان تصرفًا لا يختلف حكمه بين وجوده فى الملك وغير الملك، جاز أن يكون دليلًا على الملك.

ولما كان وضع أجذاع الساباط الذى لا يتصل بالملك، لا يدل على الملك - لم يكن وضع الأجذاع دالًا على الملك.

فإذا تقرر أن وضع الجذوع لا يدل على الملك، فإنهما يتحالفان، ويجعل بينهما، وتقر الجذوع على ما كانت عليه؛ لأنه يجوز أن يكون وضعها بحق وإن لم يملك الحائط.

فرع: فأما إذا تنازعا حائطًا فى عرصة هى لأحدهما، فإنه يكون لصاحب العرصة؛ لأن يده عليه.

وهكذا لو تنازعا علو حائط سُفْله لأحدهما، كان لصاحب السفل مع يمينه؛ لما ذكرنا من ثبوت اليد.

ولكن لو تنازعا عرصة حائطٍ هو لأحدهما، ففيه وجهان لأصحابنا:

أحدهما - أنها تكون لصاحب الحائط؛ لأن تصرفه فيها أظهر.

والوجه الثانى - أنهما فيها سواء؛ كوضع الجذوع.

وهذان الوجهان من اختلاف أصحابنا فيمن أقر لرجل بحائط: هل يدخل قراره فى إقراره أو باع حائطًا: هل يدخل قراره فى بيعه؟ على وجهين[1].

---

(١) ينظر: الحاوى ٦/٣٨٩، ٣٩١ .

قال المصنف - رحمه الله تعالى -:

(فصل) وإن كان لأحدهما علوٌ وللآخر سفل، والسقف بينهما، فانهدم حيطان السفل، لم يكن لصاحب السفل أن يجبر صاحب العلو على البناء قولًا واحدًا؛ لأن حيطان السفل لصاحب السفل، فلا يجبر صاحب العلو على بنائه.

وهل لصاحب العلو إجبار صاحب السفل على البناء؟ فيه قولان:

فإن قلنا: يجبر، ألزمه الحاكم، فإن لم يفعل، وله مال، باع الحاكم عليه ماله، وأنفق عليه، وإن لم يكن له مال؛ اقترض عليه.

فإذا بنى الحائط، كان الحائط ملكًا لصاحب السفل؛ لأنه بنى له، وتكون النفقة فى ذمته، ويعيد صاحب العلو غرفته عليه، وتكون النفقة على الغرفة وحيطانها من ملك صاحب العلو، دون صاحب السفل؛ لأنها ملكه لا حق لصاحب السفل فيه.

وأما السقف فهو بينهما، وما ينفق عليه فهو من مالهما، فإن تبرع صاحب العلو، وبنى من غير إذن الحاكم؛ لم يرجع صاحب العلو على صاحب السفل بشىء، ثم ينظر: فإن كان قد بناها بآلتها، كانت الحيطان لصاحب السفل؛ لأن الآلة كلها له وليس لصاحب العلو منعه من الانتفاع بها، ولا يملك نقضها؛ لأنها لصاحب السفل، وله أن يعيد حقه من الغرفة.

وإن بناها بغير آلتها، كانت الحيطان لصاحب العلو، وليس لصاحب السفل أن ينتفع بها، ولا أن يَتِدَ فيها وتدًا، ولا يفتح فيها كوةً من غير إذن صاحب العلو، ولكن له أن يسكن فى قرار السفل؛ لأن القرار له.

ولصاحب العلو أن ينقض ما بناه من الحيطان؛ لأنه لا حق لغيره فيها، فإن بذل صاحب السفل القيمة ليترك نقضها؛ لم يلزمه قبولها؛ لأنه لا يلزمه بناؤها قولًا واحدًا، فلا يلزمه تبقيتها ببذل العوض - والله أعلم.

(الشرح) السُّفْل والعُلْو[١]: يضمان ويكسران، والضم أعلى[٢].

قوله: «الغُرْفَة»[٣] هى العلِّيَّة، وجمعها: غُرَفٌ، وفى القرآن: ﴿لَهُمْ غُرَفٌ مِّن فَوْقِهَا

(١) ينظر: النظم (١/ ٢٧٤).

(٢) قدم ابن السكيت وثعلب الكسر وابن قتيبة، وجعل الضم من لغة العامة فى موضع وجعله لغة فى موضع آخر، وهذا يدل على ترجيح لغة الكسر وانظر إصلاح المنطق (٣٦) والفصيح (٢٩٣)، وانظر الصحاح (سفل).

(٣) ينظر: النظم (١/ ٢٧٥).

غُرَفٌ﴾ [الزمر: ٢٠].

قوله: «يَتِدُ فِيهَا وَتِدًا» مثل: يَعِدُ ويَزِنُ، وأصله: يَوْتِدُ كَيَوْعِدُ ويوزن، فَأُعِلَّ بحذف الواو.

قوله: «عَرْصَةٌ»: بإسكان الراء: كل بقعة بين الدور واسعة ليس فيها شيء من بناء، والجمع: العراص، والعرصات، هذا أصله[1].

الأحكام: إذا انهدم البيت الذى سفله لرجل وعلوه لآخر، فإنه لا يخلو حالهما من أربع أحوال:

إحداهما - أن يتفقا على تركه مهدومًا، فلا اعتراض عليهما فيه.

والثانية - أن يتفقا على بنائه، فذلك لهما، ويختص صاحب السفل ببناء السفل إلى انتهاء وضع الأجذاع، وصاحب العلو ببناء العلو إلى حيث كان من غير أن يزيد عليه، ولا لصاحب السفل أن يأخذه بالنقصان عنه.

فلو اختلفا مع اتفاقهما أن ارتفاع السفل والعلو عشرون ذراعًا، فقال صاحب السفل: السفل خمس عشرة ذراعًا، وارتفاع العلو خمس أذرع، وقال صاحب العلو: بل ارتفاع السفل خمس أذرع، وارتفاع العلو خمس عشرة ذراعًا فقد اتفقا على أن لصاحب السفل خمس أذرع لا نزاع فيها، ولصاحب العلو خمس أذرع لا نزاع فيها، واختلفا فى عشر أذرع ادعاها كل واحد منهما، وأيديهما معًا عليها؛ فوجب أن يتحالفا عليها، وتجعل العشرة المختلف عليها بعد أيمانهما معًا بينهما نصفين:

فيصير لصاحب السفل عشر أذرع، ولصاحب العلو عشر أذرع، ثم يشتركان فى بناء السفل، بعد أن يختص كل واحد منهما ببناء حقه، إلا أن يكون السقف لأحدهما؛ فيختص الذى هو له ببنائه دون غيره.

والحال الثالثة: أن يمتنع صاحب العلو من البناء، ويدعو صاحب السفل إليه - فله أن يختص ببناء سفله، وليس له مطالبة صاحب العلو ببناء علوه؛ لأنه لا حق له فى بنائه، ويقدر على الانتفاع بحقه، إلا أن يكون السقف بينهما؛ فيكون على ما نذكره من القولين فى إجبار الشريكين على المباناة.

---

(١) ينظر: تهذيب اللغة (٢/ ٢٠)، والصحاح (عرص).

والحال الرابعة: أن يمتنع صاحب السفل من بنائه، ويدعو صاحب العلو إليه؛ ليبنى العلو عليه - ففى إجباره قولان:

وهكذا الشريكان فى حائط قد انهدم، إذا دعا أحدهما إلى البناء، وامتنع الآخر - هل يجبر الممتنع منهما على البناء أم لا؟ على القولين المذكورين فى الحائط:[١]

فإن قلنا بإجباره على العمارة على قوله فى القديم:

فإن كان موسرًا أخذ بالعمارة فى الحال، فإن كان فى حائط مشترك كانت النفقة بينهما على قدر الملكين. وإن كان فى سفل وعلو، اختص صاحب السفل بعمارة سفله، وانفرد صاحب العلو بعمارة علوه، واشتركا فى السقف الذى بينهما.

وإن كان الممتنع معسرًا، قيل للطالب الداعى إلى العمارة: صاحبك معسر، وأنت بالخيار بين أن تعمر جميعه بمالك، وترجع على صاحبك إذا أيسر بقدر حصته، أو تكف.

فإن بادر الطالب بعمارة ذلك من غير استئذان حاكم، نظر: فإن كان الممتنع موسرًا لم يكن له الرجوع عليه بشىء، وصار متطوعًا بالنفقة، وإن كان معسرًا ففى رجوعه وجهان:

أحدهما - يرجع عليه بالنفقة إذا أيسر بها؛ لأنها مستحقة شرعًا، وإن لم يؤذن فيها حكمًا.

والوجه الثانى - وهو أظهر -: لا رجوع له بها؛ للاختلاف فيها، فلم يستقر وجوبها إلا بحكم.

فعلى الوجه الأول: ليس للثانى أن يمنع شريكه من بيع حصته والانتفاع بها إلا بعد أخذ نفقته؛ فيصير كالمرهون بها، وهو قول أبى حامد المروروذى.

وعلى الوجه الثانى: ليس له منعه من البيع والانتفاع به؛ لأنه لا رجوع له بسببها، وهو قول الجمهور.

وإذا قلنا بقوله فى الجديد: إنه لا إجبار فى العمارة، تركا ومنعا من المخاصمة، وقيل لطالبها: إن شئت أن تعمر متطوعًا؛ لتصل إلى حقك - لم تمنع، ولا رجوع لك بشىء من نفقتك، ولا لك منع صاحبك من بيع حصته والانتفاع بها.

---

(١) ينظر: الحاوى ٦/ ٣٩٩، ٤٠٠ .

فرع: وليس لصاحب السفل منع صاحب العلو من بناء السفل والعلو؛ لأنه لا يصل إلى حقه من العلو إلا ببناء السفل، ولا رجوع له بالنفقة على القولين؛ لأنه صرح بالتطوع بها، ولا له إذا بناه أن يمنع صاحب السفل من سكنى سفله؛ لأنه حق له فلم يجز أن يمنع منه.

فأما الارتفاق بحائط السفل:

فإن كان قد بناه صاحب العلو بآلة صاحب السفل، لم يكن له منعه من الارتفاق بحائطه، كما جرت العادة به.

وإن كان قد بناه بآلة نفسه، فله أن يمنعه من التصرف فيه والاستناد إليه، ولا يمنعه من الجلوس فى القرار والارتفاق به، فلو كان له من قَبْلُ رَسْمٌ فى وضع جذع أو نَصْب رَفٍّ أو إيتاد وتد - كان له منعه من ذلك، وإن كان الرسم من قبل ذلك جاريًا به؛ لأن رسمه كان فى حائطه المبنى بآلته.

فرع: قال الشافعى - رضى الله عنه -: «ونقض الجدران له، ومتى شاء أن يهدمها هدمها».

قال الماوردى: وهذا كما قال.

إذا تطوع صاحب العلو ببناء السفل، ثم أراد هدمه - لم تخل الآلة التى بنى بها السفل من أن تكون ملكًا له أو ملكًا لصاحب السفل:

فإن كانت ملكًا لصاحب السفل، فهو متطوع بالنفقة، وليس له هدم البناء؛ لأن النفقة أثر لا عين.

وليس له فى هدم ذلك نفع؛ فصار كمن غصب نقرة، فضر بها دراهمًا، أو غزلًا فنسجه ثوبًا، أو طينا فضربه لبنًا - فلم يكن له إعادة الدراهم نقرة، والثوب غزلًا، واللبن طينًا؛ لأنه عيب لا يستفيد به نفعًا.

وإن كانت الآلة من الآجر أو الجص أو اللبن أو الطين ملكًا لصاحب العلو، فله هدم ذلك واسترجاع آلته؛ ليصل بذلك إلى عين ماله.

فإن بذل له صاحب السفل قيمة ذلك، فهل يجبر صاحب العلو على قبولها أم لا؟ على ما ذكرنا من القولين:

إن قيل: إن صاحب السفل يجبر على البناء إذا سأله صاحب العلو، فإنه يجبر على أخذ القيمة إذا بذلها صاحب السفل؛ لأنه بذل له ما لو طالب به من قبل للزمه.

وإن قيل: إن صاحب السفل لا يجبر على البناء، لم يجبر صاحب العلو على أخذ القيمة إذا تطوع بالبناء؛ لأنه بذل له ما لو طولب به لم يلزمه[1].

فرع: يجوز أن يشترى علو بيت دون سفله.

ومنع أبو حنيفة من إفراد العلو بالعقد دون السفل؛ لأن العلو تبع يجرى مجرى المرافق التى لا يجوز إفرادها بالعقد.

وهذا خطأ؛ لأن العلو عين مملوكة يجوز الانتفاع بها، فجاز أن يفرد بعقد البيع كالسفل.

ولأن البناء تبع للعرصة فى البيع، ويجوز إفرادها بالعقد؛ فكذلك العلو، وهذا دليل انفصال.

فإذا ثبت جواز بيع العلو مفردًا دون السفل، فلا يخلو حالهما إذا تبايعاه من ثلاثة أقسام:

أحدها: أن يشترطا فى العقد أن يبنى عليه.

والثانى: أن يشترطا فيه ألا يبنى عليه.

والثالث: أن يطلقا العقد.

فإن اشترطا أن يبنى عليه لم يخل حال الشرط من ثلاثة أقسام:

أحدها: أن يشترطا عليه بناء معلومًا بصفاته طولاً وعرضًا، ويصفان آلته من آجر أو جص أو لبن أو طين - فهذا بيع جائز وشرط لازم، وليس للمشترى الزيادة عليه ولا للبائع المنع منه؛ لأنها منفعة معلومة.

والقسم الثانى: أن يشترطا أن يبنى ما شاء، فهذا شرط باطل؛ للجهالة به، وبيع باطل؛ لما تضمنه من بطلان الشرط الفاسد. وخالَف الأرض إذا عاوضه على البناء فيها؛ لأن الأرض تحتمل ما يبنى عليها؛ فلم يحتج إلى تقديره بالشرط، والعلو لا يحتمل البناء عليه إلا إلى حد مقدر؛ فافترقا.

القسم الثالث: أن يشترطا البناء، ولا يشترطا قدره، ولا وصفا طوله وعرضه، بل يكون الشرط مطلقًا - ففى الشرط وجهان:

أحدهما - لازم، ويبنى عليه ما احتمله؛ لأنه قد يتقدر عند أهل الخبرة بالمعتاد

---

(١) ينظر: الحاوى ٦/٤٠١، ٤٠٣ .

المألوف؛ فلم يفتقر إلى تقديره بالشرط.

والوجه الثانى - أن الشرط باطل؛ لأن العادات فيه مختلفة، وأهل الخبرة لا يتفقون فيه، ولأنه مجهول عند المتعاقدَيْن فى الحال، وهذا أصح الوجهين.

فعلى هذا يكون البيع باطلًا؛ لفساد ما ضُمّن من الشرط.

فهذا الكلام فيه إذا تبايعاه بشرط البناء عليه، فأما إذا تبايعاه بشرط ألا يبنى عليه، فالبيع جائز، وليس له البناء عليه، وله أن يسكن فيه، ويرتفق به كيف شاء بشرط ألا يبنى.

فإن قيل: فلم صح هذا العقد وقد تضمن شرطًا أوقع عليه حجرًا فى ملكه، فصار كما لو باعه أرضًا على ألا يبنى فيها؟

قيل: الشرط لم يتضمن حجرًا فيما ملكه بالعقد؛ وإنما تضمن المنع من إحداث ما ليس على ملكه فى الحال.

والفرق بين العلو حيث جاز بيعه بشرط ألا يبنى عليه، وبين الأرض حيث لم يجز بيعها بشرط ألا يبنى فيها -: أن الأرض المبيعة لم يبق للبائع فيها حق، ولا يدخل عليه بالبنيان فيها ضرر؛ فبطل العقد فيها باشتراط ما لا يتعلق بحقه. وليس كذلك العلو؛ لأنه متصل بملك البائع، وفى البناء عليه إضرار به؛ فصار الشرط فيه متعلقًا بحقه؛ فافترقا؛ فهذا الكلام فيه إذاً شرط ألا يبنى عليه.

فأما إذا تبايعاه مطلقًا بغير شرط، فهل للمشترى أن يبنى عليه أم لا؟ على وجهين:

أحدهما - أنه يبنى عليه ما احتمله؛ لأنها منفعة من منافع ملكه؛ فلم يجز أن يحجر عليه فيها.

والوجه الثانى - وهو أصح -: ليس له البناء؛ لما فيه من الإضرار بالسفل، وتكون منفعته مقصورة على السكنى والارتفاق بما تضمنه العقد من غير إحداث زيادة.

فأما البيع، فعلى الوجهين معًا لازم، وإنما الوجهان فى جواز البناء.

إذا ثبت هذا: فإن المزنى يذهب إلى إبطال بيع العلو مفردًا عن السفل كقول أبى حنيفة؛ تعلقًا بما ذكره من الصلح على إشراع الجناح الذى قد مضى الانفصال عنه.

ثم لِمَا حكاه عن الشافعى فى كتاب أدب القاضى: أنه منع من قسمة دار على أن يكون لأحدهما سفلها، وللآخر علوها؛ فجعل هذا من قوله دليلًا على أن العلو لا

يجوز إفراده بالعقد.

وهذا الذى قاله المزنى غير صحيح؛ لأن الشافعى إنما منع من قسمة الدار إن كان علوها لأحد الشريكين وسفلها للآخر إجبارًا أو كرهًا؛ لأن قسمة الإجبار توجب تعديل الملك بين الشريكين؛ ليكون شطر الدار علوًا وسفلًا لأحدهما، وشطرٌ للآخر بقدر السهام فى الملك.

فأما إذا تراضى الشريكان بقسمة الدار على أن يكون سفلها لأحدهما وعلوها للآخر، فيجور.

والصلح إنما هو عقد مراضاة لا يصح مع الإجبار؛ فلم يجز أن تعتبر فيه قسمة الإجبار.

فرع: وإذا كانت دار علوها لرجل، وسفلها لغيره، واختلفا فى عرصة الدار: فادعاها صاحب السفل، وقال: هى لى، وادعاها صاحب العلو، وقال: هى لى - فلا يخلو حال العرصة من أحد أمرين:

إما أن يكون عليها ممر لصاحب العلو، أو ليس له عليها ممر:

فإن كان عليها لصاحب العلو ممر واستطراق؛ لأنه يصعد إلى علوه بعد اجتيازه فيها - فهى بينهما بعد أن يتحالفا عليها؛ لأن كل واحد منهما متصرف فيها، فصارت بأيديهما؛ فوجب أن تكون بينهما.

وإن لم يكن عليها لصاحب العلو ممر ولا له فيها استطراق، فهذا على ضربين:

أحدهما - أن تكون محولة عن ممره وموضع استطراقه بباب أو بناء: كدواخل البيوت - فيكون ذلك لصاحب السفل بلا خلاف؛ لأنه قد تفرد بالتصرف فيه؛ فصار متفردًا باليد عليه.

والضرب الثانى: أن يكون متصلاً بممره وموضع استطراقه من غير حائل دونه، مثل: أن يكون ممره فى بعض الصحن، وباقيه متصل به، وليس لصاحب العلو استطراق فيه - فالقدر الذى يستحق فيه ممرًا أو استطراقًا يكون بينهما نصفين، وما وراءه مما لا حق له فى استطراقه ولا حائل دونه، فيه وجهان:

أصحهما: يكون لصاحب السفل؛ لتفرده باليد عليه.

والثانى - وهو قول بعض أصحابنا المتأخرين -: أنه يكون بينهما؛ لاتصاله بما هذا حكمه.

ومن هذين الوجهين مضى تخريج الوجهين فى عرصة الزقاق المرفوع.

فرع: وإذا اختلف صاحب السفل وصاحب العلو فى درجةٍ، فادعاها كل واحد منهما - فلا يخلو حالها من أحد أمرين:

إما أن يكون تحتها مرفق لصاحب السفل، أم لا:

فإن لم يكن تحتها مرفق لصاحب السفل، بل كانت صماء - فهى لصاحب العلو؛ لأنها لا تتخذ على هذا الوجه إلا ممرًا؛ فصار صاحب العلو أحق بها بالتصرف فيها واليد عليها، سواء كانت من خشب أو من غيره.

وإن كان تحتها مرفق، فعلى ضربين:

أحدهما: أن يكون مرفقًا كاملًا: كبيت، أو خزانة تصلح للسكنى أو إحراز القياس - فتكون الدرجة بينهما نصفين كالسقف؛ لأن لكل واحد منهما فيها تصرفًا، وله عليها يد؛ فصارا فيها سواء، إلا أن صاحب السفل مختص بالتصرف فى سفلها والارتفاق به، وليس له الصعود عليها.

وصاحب العلو مختص بالصعود عليها، وليس له التصرف فيما تحتها؛ كالسقف المجعول بين صاحب العلو والسفل: ليس لكل واحد منهما أن يتصرف فيه إلا بما هو مختص به.

والضرب الثانى: أن يكون المرفق ناقصًا، مثل: أن يكون تحتها رف أو ما جرى مجراه، من غير أن يكون بيتًا كاملاً - ففيها وجهان:

أحدهما: أنها تكون بينهما نصفين كالبيت؛ لارتفاقيهما بها؛ وهذا قول أبى إسحاق وأبى على بن أبى هريرة.

والوجه الثانى: أنها لصاحب العلو؛ لأن تصرفه فيها أكمل، ويده عليها أقوى، وهذا قول أبى حامد[1]. والله أعلم

---

(١) ينظر: الحاوى ٦/٤١١، ٤١٥ .

كتاب: الحوالة

تجوز الحوالة بالدين؛ لما روى أبو هريرة - رضى الله عنه -: أن النبى ﷺ قال: «مطل الغنى ظلم، فإذا أتبع أحدكم على ملىء، فليتبع».

(الشرح) قوله ﷺ: «مطل الغنى ظلم...»، أخرجه مالك[١]، والبخارى[٢]، ومسلم[٣]، وأبو داود[٤]، والنسائى[٥]، والترمذى[٦]، وابن ماجه[٧]، والشافعى فى الأم[٨]، وأحمد[٩]، والدارمى[١٠]، والحميدى[١١]، وأبو يعلى[١٢]، والطحاوى فى مشكل الآثار[١٣]، والبيهقى[١٤]، كلهم من طريق أبى الزناد عن الأعرج عن أبى هريرة قال: قال رسول الله ﷺ: «مطل الغنى ظلم، وإذا أحيل أحدكم على ملىء فليتبع».

وأخرجه البخارى[١٥]، ومسلم[١٦]، وأحمد[١٧]، وعبد الرزاق[١٨]، والبيهقى[١٩]، كلهم من طريق معمر عن همام بن منبه عن أبى هريرة قال: قال رسول الله ﷺ: «مطل الغنى ظلم».

---

(١) ٢/ ٦٧٤ كتاب البيوع باب جامع الدين والحول (٨٤).
(٢) ٤/ ٤٦٤ كتاب الحوالة باب هل يرجع فى الحوالة (٢٢٨٧).
(٣) ٣/ ١١٩٧ كتاب المساقاة باب تحريم مطل الغنى (٣٣/ ١٥٦٤).
(٤) ٣/ ٦٤٠ كتاب البيوع باب فى المطل (٣٣٤٥).
(٥) ٧/ ٣١٧ كتاب البيوع باب الحوالة.
(٦) ٣/ ٦٠٠ كتاب البيوع باب مطل الغنى ظلم (١٣٠٨).
(٧) ٢/ ٨٠٣ كتاب الصدقات باب الحوالة (٢٤٠٣).
(٨) ٣/ ٢٣٣ كتاب الحوالة.
(٩) ٢/ ٢٤٥.
(١٠) ٢/ ٢٦١ كتاب البيوع باب فى مطل الغنى ظلم.
(١١) ٢/ ٤٤٧ رقم (١٠٣٢).
(١٢) ١١/ ١٧٢ - ١٧٣ رقم (٦٢٨٣).
(١٣) ٤/ ٨.
(١٤) ٦/ ٧٠ كتاب الحوالة باب من أحيل على ملىء فليتبع.
(١٥) ٥/ ٧٥ كتاب الاستقراض باب مطل الغنى ظلم (٢٤٠٠).
(١٦) ٣/ ١١٩٧ كتاب المساقاة باب تحريم مطل الغنى.
(١٧) ٢/ ٣١٥.
(١٨) ٨/ ٣١٦ رقم (١٥٣٥٥).
(١٩) ٦/ ٧٠ كتاب الحوالة باب من أحيل على ملىء فليتبع.

لفظ البخارى هكذا مختصر.

وأخرجه الطبرانى فى الصغير[١] من طريق أبى قرة موسى بن طارق عن ابن جريج عن صالح مولى التوءمة عن أبى هريرة قال: قال رسول الله ﷺ: (مطل الغنى ظلم».

وقال الطبرانى: لم يروه عن صالح إلا ابن جريح، تفرد به أبو قرة.

قال السهمى فى سؤالاته للدارقطنى[٢]: سألت أبا الحسن الدارقطنى، قلت: أبو قرة موسى بن طارق لا يقول أخبرنا أبدا، يقول: ذكر فلان. أيش العلة فيه؟ فقال: هو سماع له كله، وقد كان أصاب كتبه آفة فتورع فيه، فكان يقول: ذكر فلان اهـ.

وأخرجه الخطيب فى تاريخ بغداد[٣] من طريق على بن مسهر عن عاصم الأحوال عن محمد بن سيرين عن أبى هريرة قال: قال رسول الله ﷺ: «مطل الغنى ظلم».

وفى الباب عن ابن عمر:

أخرجه الترمذى[٤]، وابن ماجه[٥]، وأحمد[٦]، من طريق هشيم: ثنا يونس ابن عبيد عن نافع عن ابن عمر قال: قال رسول الله ﷺ: «مطل الغنى ظلم، وإذا أحلت على ملىء فاتبعه، ولا تبع بيعتين فى واحدة».

والحديث ذكره الحافظ البوصيرى فى الزوائد[٧] مع أنه ليس على شرطه، فقد أخرجه الترمذى أيضا ولم ينفرد به ابن ماجه.

فقال: هذا إسناد رجاله ثقات غير أنه منقطع، قال أحمد بن حنبل: لم يسمع يونس بن عبيد من نافع شيئا، إنما سمع من ابن نافع عن أبيه.

وقال ابن معين وأبو حاتم: لم يسمع من نافع شيئا.

قوله «الحوالة» الحوالة فى اللغة: من حال الشىء حولا وحؤولا: تحول. وتحول من مكانه: انتقل عنه، وحولته تحويلا: نقلته من موضع إلى موضع.

---

(١) ١/ ٢٣١.
(٢) (٤٠٢).
(٣) ٦/ ٢٩٤.
(٤) ٣/ ٦٠٠ - ٦٠١ كتاب البيوع باب ما جاء فى مطل الغنى ظلم (١٣٠٩).
(٥) ٢/ ٨٠٣ كتاب الصدقات باب الحوالة (٢٤٠٤).
(٦) ٢/ ٧١.
(٧) ٢/ ٢٤٢.

ففى المصباح: حولته حويلا نقلته من موضع إلى موضع، وحول هو تحويلا يستعمل لازمًا ومتعديًا، وحولت الرداء نقلت كل طرف إلى موضع الآخر، والحوالة مأخوذة من هذا فأحلته بدينه نقلته من ذمة إلى غير ذمتك وأحلت الشىء إحالة نقلته أيضًا.

وفى الصحاح: أحال عليه بدينه والاسم الحوالة.

قال الراغب: أصل الحول تغير الشىء وانفصاله عن غيره.

وقال أيضًا: حولت الشىء فتحول، وغيرته فتغير، إما بالذات أو بالحكم أو بالقول.

والحوالة بالفتح مأخوذة من هذا، فإذا أحلت شخصًا بدينك فقد نقلته إلى ذمة غير ذمتك.

وفى العباب: حولت الشىء: نقلته من مكان إلى مكان(١).

يقال: أحلت زيدًا بما كان له على، وهو مائة درهم على رجل فاحتال زيد به على الرجل، فأنا محيل، وزيد محال، والمال محال به، والرجل محال عليه ومحتال عليه.

ويقال للمحتال حويل قياسًا على كفيل وضمين كذا فى الكفاية.

وأصل التركيب دال على الزوال والنقل ومنه التحويل، وهو نقل شىء من محل إلى محل آخر، وإنما سمى هذا العقد حوالة لأن فيه نقل المطالبة أو نقل الدين من ذمة إلى ذمة(٢).

عند الشافعية: عقد يقتضى نقل دين من ذمة إلى ذمة أخرى.

أما عند المالكية: «طرح الدين عن ذمة بمثله فى أخرى» قال: ولا ترد المقاصة إذ ليست بطرح بمثله فى أخرى لامتناع تعلق الدين بذمة من هو له. قال: وقول ابن الحاجب: نقل الدين من ذمة إلى ذمة تبرأ بها الأولى، تعقب بأن النقل حقيقة فى الأجسام، وبحشو تبرأ بها الأولى لعدم إفادته مدخلا أو مخرجا، وتعقب بعضهم قول القاضى تحويل الحق من ذمة إلى ذمة تبرأ بها الأولى بأنه بيان الشىء بنفسه، يرد

---

(١) ينظر تاج العروس (حول).

(٢) ينظر تبيين الحاقئق (٤/ ١٧١)، والكفاية (٦/ ٣٤٥).

بأن الحوالة فى التعريف لغوية، والمعرف العرفية وهى أخص من الأولى، والأعم غير الأخص وأعرف قال: وترجيح ابن عبد السلام أخذ لفظة الحق بدلا من لفظة الدين لزعمه أنه لا يصدق على المنافع إلا بتكلف يرد بمنع كونه تكلف فى المضمونة وهى المعروضة للحوالة. وقول الشيخ رحمه الله أى ابن عرفة: «طرح الدين» جعل جنس الحوالة طرحا للدين، وإسقاط الدين ناشئ عن تحقيق الحوالة.

فإن قلت: الحوالة فى اللغة، الإحالة أو التحويل، وقد حقق الشيخ ابن عبد السلام كلام القاضى فى جنسه حيث أتى بالحقيقة الأعمية اللغوية، قال: وذلك حسن فى التعريف إذا كانت اللغوية مشهورة ثم قصرت عرفا على بعض معانيها وهو أحسن من النقل، فما بال الشيخ رآه وسلمه ولم يعترضه وخالف فى الجنس؟

قلت: لعله عدل عن التحويل إلى الطرح، وعدل عن الحق؛ لأنه رأى أن الدين لا ينتقل بنفسه إلى ذمة أخرى ولم يتحول وإنما ثبت فى الذمة الأخرى مثله لا هو، وقد سقط عن الذمة الأولى مثل ما ثبت فى الثانية، فصح للشيخ أن يقول: طرح إلخ، وهو أخصر لفظا وأتم معنى من حد القاضى فى قوله: تحويل الحق من ذمة إلى ذمة تبرأ بها الأولى.

فإن قلت: هلا قال الشيخ - رضى الله عنه - اتباع مدين طالبه على مثله فى ذمة أخرى، وقد وقع فى لفظ الحديث: «من أتبع على ملئ»، فالاتباع فعل فاعل من المدين لطالب الدين وهى الحوالة؟

قلت: يظهر أن ذلك يصح بل هو أولى للفظ الحديث.

فإن قلت: لعل الحوالة الشرعية اقتضت أن المحال قد ترك دينه على المحيل بما أحيل به، وهذا يقتضى وجوب ذكر الطرح، وأن الاتباع لا يدل على الطرح فى الدين المحال به، وهذا يمكن قصده مما أشار إليه فى الحديث بعد.

قلت: على كل تقدير، فلو أتى بلفظ الحديث لكان أصوب قوله: «بمثله فى أخرى» يتعلق بقوله طرح، معناه إزالة الدين من ذمة بمثل ذلك الدين فى ذمة أخرى، احترز به من طرح الدين وإسقاطه بغير ما ذكر فإنه ليس حوالة. ثم إن الشيخ قال: لا يرد على الحد المقاصة لصدق الحد فيها؛ لأن المقاصة لا يصدق فيها الحد لأن إسقاط الدين المماثل لما فى الذمة لم يسقط فى المقاصة لمثل دين فى ذمة أخرى؛ لأنه يستحيل تعلق الدين بذمة من هو له. وقال شارح الحدود ووجدت بخط بعض

المشايخ رحمهم الله، انظر اللام فى حد الحوالة، هل تقتضى العموم فيبطل عكس رسمه بالحوالة فى بعض الدين، وقال أيضًا فى قول الشيخ: لامتناع إلخ، فيه نظر، إذ لا يجرى ذلك إلا على قول إسماعيل القاضى ببراءة الذمة وأما على أصل المشهور من أن من قدم ما لم يجب عليه يعد مسلفا ويقتضيه من ذمته فيصح تعلق الذمة بذمة من هو له فتأمله، ففيه نظر؛ لأن تعلق الدين بذمة من هو له أمر تقديرى لا حقيقى.
قوله فى الرد على ابن الحاجب: حقيقة فى الأجسام، قيل: يقال: نقل فلان المسألة، وهو كثير فى ذلك، قال رحمه الله: وتعقب كلام ابن الحاجب أيضًا بحشو، قوله: تبرأ بها الأولى لعدم إفادته مخرجا أو مدخلا، وحد بعض المشايخ من أهل العصر أن قال: فيه نظر، إذ يكون للاطلاع على أجزاء الحقيقة وهذا فيه نظر؛ لأن الحشو الذى أشار إليه حشو خاص بالنسبة إلى الطرد والجمع ثم إن الشيخ رحمه الله نقل عن بعض البجاءيين أنه تعقب على القاضى فى قوله تحويل الحق من ذمة لذمة تبرأ بها الأولى بأنه بيان للشىء بنفسه، قال: ويرد بأن الحوالة فى التعريف لغوية، والمعرَّف العرفية وهى أخص من الأولى، والأعم من الأخص. واعترض على شيخه رحمه الله بأنه قال: ذكر الحق عوضا عن الدين أولى لأن الدين يتكلف صدقه على المنافع قال رحمه الله: يرد بأن المنافع، المراد منها المضمونة ولا تكلف[1].

فقوله: نقل دين، أى بحصول مثله، أو: بانتقال مثله. والمراد بالنقل: الانتقال، ففى التعبير به تسمح، والدين المنقول هو دين المحتال.

ويؤخذ من التعريف الأركان الستة إذ العقد هو الصيغة، وقوله نقل دين يؤخذ منه البقية وهى محيل ومحتال ومحال عليه ودين للمحيل على المحتال عليه ودين للمحتال على المحيل[2].

وقد اعترض على هذا التعريف فى قولهم: نقل دين إذ بدراهم الوديعة مع أنها ليس فيها نقل الدين بل فيها نقل العين، ويجاب عن ذلك بأن هذا وكالة فى قبض

(١) ينظر الجمل على المنهج (٣/ ٢٧٠، ٢٧١)، والشرقاوى على التحرير (٢/ ٦٥)، ومغنى المحتاج (٢/ ١٩٣).
(٢) ينظر رد المحتاج (٥/ ٣٤٠)، ومجمع الأنهر (٢/ ١٤٦)، والبحر الرائق (٦/ ٢٦٦)، وفتح القدير (٥/ ٤٣٣).

الحق، وليس حوالة وإن سلمنا أنها حوالة فإن فيها نقل الدين؛ إذ المديون إذا أحال الدائن إلى المودع فقد انتقل الدين عن المديون إلى المودع، والمودع يصير مطالبًا بالدين، كأنه فى ذمته، فكانت حوالة بالدين لا بالعين.

وقوله: من ذمة: الذمة تطلق على العهد والأمان والضمان، ويقال: فى ذمته كذا؛ أى: فى نفسه، باعتبار عهدها، من باب إطلاق الحال وإرادة المحل.

وهى وصف شرعى يفترض الشارع وجوده فى الإنسان، يصير به أهلا للإلزام والالتزام.

وقوله: إلى ذمة، أى: من ذمة المحيل إلى ذمة المحال عليه، والناقل هو المحيل.

وأما عند الحنفية: فهى نقل الدين من ذمة إلى ذمة.

وقيل: تحول الدين من ذمة الأصيل إلى ذمة المحتال عليه على سبيل التوثيق.

فقوله: نقل الدين. . . إلخ.

أى من ذمة المحيل إلى ذمة المحال عليه. قلت: وهذا التعريف بناء على أن الحوالة توجب براءة ذمة المحيل، غير أن محمد بن الحسن صاحب الإمام ذهب فى تعريفها إلى أنها نقل المطالبة من ذمة المديون إلى ذمة الملتزم ويتضح من هذا التعريف أن الحوالة لا توجب براءة ذمة المحيل[(١)].

أما عند الحنابلة: فهى نقل الدين من ذمة المحيل إلى ذمة المحتال عليه.

وقيل: تحويل الحق من ذمة إلى ذمة فقوله نقل الدين؛ يقضى به النقل الاعتبارى لا الحسى، وهو قيد يخرج به الكفالة لأنها ضم ذمة إلى ذمة لا نقل ذمة إلى ذمة[(٢)].

قوله: «مَطْلُ الْغَنِىِّ ظُلْمٌ»[(٣)] اشتقاق المطل بالدَّيْنِ: من مطلت الحديدة أمطُلُهَا: إذا ضربتها ومددتها لتطول، وكل ممدود ممطول[(٤)]، يقال: مطله وماطله بحقه. ذكره فى الصحاح[(٥)]. أى: تسويف القادر المتمكن من أداء الدين الحال.

---

(١) ينظر حدود ابن عرفة ص (٤٤١ - ٤٤٣) .

(٢) ينظر كشاف القناع (٣/ ٣٨٢)، الروض المربع (٢٨٩) .

(٣) ينظر النظم (١/ ٢٧٦) .

(٤) ينظر المصباح (مطل) .

(٥) مادة: (مطل) .

وقوله: «ظلم» أى منه لرب الدين فهو حرام، فالتركيب من قبيل إضافة المصدر إلى الفاعل، وقيل من إضافة المصدر للمفعول يعنى يجب وفاء الدين وإن كان مستحقه غنيًا فالفقير أولى، ولفظ المطل يؤذن بتقديم الطلب؛ فتأخير الأداء مع عدم الطلب ليس بظلم. وقضية كونه ظلمًا أنه كبيرة فيفسق به إن تكرر وكذا إن لم يتكرر على ما جرى عليه بعضهم، لكن يشهد للأول قول التهذيب: المطل المدافعة بالغريم(1).

قوله: «فَإِذا أُتْبِعَ أحدكم على مَلِيء فَلْيَتْبَعْ»(2)الْمَلِيءُ: الغَنِيُ، وأصله: الواسع الطويل.

المليء: بالهمز مأخوذ من الملاءة، يقال ملؤ الرجل بضم اللام أى صار مليا أى غنيا مقتدرا، قال الكرمانى: الملئ كالغنى لفظا ومعنى، فاقتضى أنه بغير همز وليس كذلك، فقد قال الخطابى: إنه فى الأصل بالهمز، ومن رواه بتركها فقد سهله.

والمعنى: إذا أحيل أحدكم على غنى بماله فليحتل عليه، وليطالبه بحقه، قال الله - تعالى -: ﴿فَمَنْ عُفِيَ لَهُۥ مِنْ أَخِيهِ شَيْءٌ فَٱتِّبَاعٌۢ بِٱلْمَعْرُوفِ﴾ [البقرة: ١٧٨] أى: مطالبته بالمعروف(3)، ﴿وَأَدَآءٌ إِلَيْهِ بِإِحْسَٰنٍ﴾ والتبيع: الذى يتبعك بحق ويطالبك به، ومنه قوله تعالى: ﴿ثُمَّ لَا تَجِدُواْ لَكُمْ عَلَيْنَا بِهِۦ تَبِيعًا﴾ [الإسراء: ٦٩] أى: تابعًا ومطالبًا يطالبنا بأن نصرفه عنكم(4).

الأحكام: الأصل فى جواز الحوالة الكتاب، والسنة، والإجماع:

أما الكتاب: فقوله تعالى: ﴿يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُوٓاْ أَوْفُواْ بِٱلْعُقُودِ أُحِلَّتْ لَكُم بَهِيمَةُ ٱلْأَنْعَٰمِ﴾ [المائدة: ١]، والحوالة عقد، فوجب الوفاء به، وإذا وجب الوفاء به دلّ على جوازه.

ومن السنة ما روى مسلم، وغيره عن أبى هريرة - رضى الله عنه -: أن النبى ﷺ

---

(1) المدافعة بالعدة بالوفاء والتسويف مرة بعد مرة. ينظر: المغنى فى الأنباء (١/ ٣٦٥)، اللسان والمصباح (مطل)، الزاهر (٢٣١)، وتهذيب اللغة (٢/ ٢٨٢، ٥/ ٢٤٦)، فيض القدير (٥/ ٥٢٣).

(2) ينظر النظم (١/ ٢٧٦)، الغريبين (١/ ٤٠)، والنهاية (١/ ١٧٩)، والفائق (١/ ١٤٧).

(3) ينظر تفسير الطبرى (٣/ ٣٧٢)، تفسير غريب القرآن (٧١).

(4) ينظر معانى القرآن للفراء (٢/ ١٢٧)، ومجاز القرآن (١/ ٣٨٥)، وتفسير غريب القرآن (٢٥٩).

قال: «مطل الغنى ظلم، وإذا أحِيلَ أحدكُم على ملِيء، فليحتلْ»، وفى رواية: «ومن أحيل على مليء فليحتل»، وروى: «وإذا أتبع أحدكم على مَلِيء، فليتبع[1]»، والمراد به الحوالة، قال الجوهري[2]: يقال: «أتبع فلان» إذا أحيل عليه، والتبيع: الذى لك عليه مال.

قال فى الاستقصاء: يقال: تبعت الرجل بحقى أتبعه تباعة - بضم التاء - إذا طالبته، وأنا تبيعه، ومنه قوله تعالى: ﴿ثُمَّ لَا تَجِدُواْ لَكُمْ عَلَيْنَا بِهِۦ تَبِيعًا﴾ [الإسراء: ٦٩].

فائدة: فى قوله ﷺ: «مطل الغنى ظلم وإذا أحيل أحدكم على مليء فليحتل»، الأشهر فى هذه الرواية بالواو، ويروى: «فإذا أحيل أحدكم» بالفاء، فعلى التقدير الأول: هو مع قوله: «مطل الغنى ظلم»، جملتان لا تعلق للثانية بالأولى؛ كقوله - ﷺ -: «العارية مردودة، والزعيم غارم».

وعلى الثانى: يجوز أن يكون المعنى فى الترتيب: أنه إذا كان المطل ظلمًا فى الغنى فإذا أحيل عليه، فإنه يحترز عن الظلم ولا يمطل[3].

وأما الإجماع: فقد أجمع المسلمون على جواز الحوالة فى الجملة؛ كما حكاه أبو الطيب[4].

قال القاضى الحسين: والمعنى فيها بعد الإجماع: ما فيها من الإرفاق للناس؛ فإن الإنسان يستحق دينا، ويستحق عليه مثله؛ فتلحقه المشقة فى الاستيفاء والإيفاء؛ فجوزها الشرع؛ لإسقاط هذه المشقة والكلفة، وإلا فالقياس أنها لا تجوز؛ لأنها بيع دين بدين، وقد نهى صاحب الشرع عنه، وهو «بيع الكالئ بالكالئ»[5].

وهذا كما أن القرض جوز للإرفاق، وإن كان القياس منعه؛ لأنه عاجل بآجل، والسلم جوز للإرفاق، وإن كان عقدًا على معدوم؛ كذلك الإجارة.

وما قاله حسن على قولنا: إنها بيع دين بدين. وسيأتى تفصيل القول فى طبيعة

---

(١) ينظر الإقناع (٢/ ٣٥)، وكفاية النبيه خ .
(٢) ينظر تاج اللغة (٣/ ١١٩٠) .
(٣) ينظر فتح العزيز شرح الوجيز (١٠/ ٣٣٧) .
(٤) ينظر شرح مختصر المزنى خ .
(٥) تقدم .

الحوالة فى أحكام الفصل القادم»[١].

قال المصنف - رحمه الله تعالى -:

(فصل) ولا تجوز إلا على دين يجوز بيعه: كعوض القرض، وبدل المتلف. فأما ما لا يجوز بيعه: كدين السلم، ومال الكتابة، فلا تجوز الحوالة به؛ لأن الحوالة بيع فى الحقيقة؛ لأن المحتال يبيع ماله فى ذمة المحيل؛ بمَالَهُ فى ذمة المحال عليه، والمحيل يبيع ماله فى ذمة المحال عليه، بما عليه من الدين، فلا يجوز إلا فيما يجوز بيعه.

(الشرح) الأحكام: أحكام هذا الفصل مبنية على طبيعة عقد الحوالة وحقيقتها؛ فقد اختلف أصحابنا فى حقيقتها: فذهب أبو العباس بن سريج إلى أن الحوالة بيع، ولكنها لم تبن على المغابنة، والمماكسة، وطلب الربح والفضل، وإنما جعلت رفقًا؛ كما جعل القرض، وإن كان نوع معاوضة.

وادعى الرافعى، وغيره من العراقيين[٢]أنه الذى نص عليه الشافعى فى كتاب البيوع فى باب بيع الطعام قبل أن يستوفى؛ حيث قال الشافعى: «وإن حل عليه طعام، فأحال به على رجل له عليه طعام، أسلفه إياه - لم يجز؛ من قبل أن هذا الطعام لما لم يجز له بيعه، لم يجز له الحوالة به؛ لأنه بيع» وهذا نص منه.

ووجهه: أن المحال يبذل ما له فى ذمة المحيل بما للمحيل فى ذمة المحال عليه، والمحيل يبذل ماله فى ذمة المحال عليه بما عليه من دين المحتال، وذلك حقيقة البيع[٣]، ويؤيده أنها ممنوعة فى المسلم فيه؛ لما سنذكره من الحديث، فعلى هذا هل هى بيع دين بدين؟ أو عين بعين، أو عين بدين؟ فيها ثلاثة أوجه مجموعة من نقل الماوردى، والرافعى عن القاضى أبى حامد[٤].

والقائل بأنها بيع عين بعين، نزل استحقاق الدين على الشخص منزلة استحقاق منفعة تتعلق بعينه؛ كالمنافع فى إجارات الأعيان.

والأول هو المشهور من كلام الأئمة[٥].

---

(١) ينظر كفاية النبيه خ.

(٢) ينظر روضة الطالبين (٤/ ٢٢٨)، وتتمة الإبانة خ.

(٣) ينظر مغنى المحتاج (٢/ ١٩٣).

(٤) ينظر فتح العزيز (١٠/ ٣٣٨).

(٥) ينظر حاشية الدسوقى على الشرح الكبير ٣/ ٣٢٥، الخرشى (٥/ ١٨١)، بداية المجتهد (٢/ ٢٩٩)، نهاية المطلب فى دراية المذهب خ.

ومنهم من قال: ليست بيعًا، بل هى عقد إرفاق، نازلة منزلة قبض الحق من المحيل ودفعه إلى المحال عليه قرضًا؛ لأنه - ﷺ - ندب إليها بقوله: «من أحيل على ملىء فليحتل».

ولأنها لا تصح بلفظ البيع، ولا بغير جنس الحق، ولا يثبت للمحتال الرجوع على المحيل عند تعذر الحق من المحال عليه، ويجوز التصرف فيها قبل القبض فى الربويات[1].

ولو كانت بيعًا، لكانت بيع الدين بالدين، ولما جازت فى النقود إلا أن يتقابضا قبل التفرق.

ولأنها لا يجوز الزيادة فيها والنقصان، ولفظها مشتق من تحويل الحق إلا أن هذا القائل لا يجوز الحوالة بالمسلم فيه، وهذا يشهد لقول من قال إنها بيع.

فإن قيل: لو كانت بيعًا، لكان على المحيل تسليمه إلى المحال عليه؛ لأنه عوض من جهته؛ كما إذا باع شيئًا فى يد غيره، فإنه يطالبهما به المشترى.

فمن قال: إنها بيع.

أجاب عن ذلك بأنه لما استحق مطالبة المحال عليه، لم يستحق مطالبة المحيل؛ لأنه لو استحق مطالبتهما، لكان قد حصل له بالحوالة زيادة فى حق المطالبة، وقد ثبتت الحوالة على أنه لا يستحق بها إلا مثل ما كان يستحقه، ويخالف البيع؛ لأنه تجوز فيه الزيادة»[2].

وقد حكى البغوى القولين فى طبيعة الحوالة وحقيقتها من تخريج ابن سريج. وكذلك القاضى الحسين فى تعليقه، ثم قال: والأولى أن يلفق بين المعنيين، ويجمع بينهما، ويقال: الحوالة معاوضة تضمنت استيفاء، أو استيفاء بطريق المعاوضة، كما لو أخذ عوضًا عن ماله فى ذمته، يكون معاوضة تتضمن استيفاء، أو استيفاء بطريق المعاوضة[3].

ويقرب من هذا ما ذهب إليه الغزالى، وإمامه، وشيخ إمامه، وهو أنها مشتركة بين

---

(١) ينظر مغنى المحتاج (٢/ ١٩٣)، وتتمة الإبانة خ .
(٢) ينظر شرح المختصر للقاضى أبى الطيب خ، والشامل لابن الصباغ خ .
(٣) ينظر فتح العزيز (١٠/ ٣٣٨) .

المعاوضة والاستيفاء، وإنما يقع النظر فى تغليب أيهما[١]. ولهذا الاختلاف أثر يظهر فى الباب (إن شاء الله تعالى).

إذا ثبت هذا؛ «فلا تصح الحوالة إلا بدين مستقر، وعلى دين مستقر؛ لأن الحوالة إما بيع دين كما هو الصحيح، وبيع الدين لا يصح ما لم يكن بهذه المثابة، وإما استيفاء، واستيفاء ما هو متعرض للسقوط لا يحصل به الغرض»[٢].

فتجوز الحوالة بعوض القرض، وبدل المُتلف؛ لأنه حق ثابت مستقر فى الذمة، فجازت الحوالة به؛ كبيعه.

قال الشيخ أبو حامد: وتجوز الحوالة بثمن المبيع؛ لأنه دين مستقر.

وهل تجوز الحوالة بالثمن فى مدة الخيار؟

فيه وجهان، حكاهما ابن الصباغ:

أحدهما، وهو قول القاضى أبى حامد: أنه لا تصح الحوالة به؛ لأنه ليس بثابت.

والثانى: تصح لأنه يئول إلى اللزوم.

وأما «ما ليس بمستقر؛ كمال الكتابة، ودين السلم، فلا تصح الحوالة به ولا عليه؛ لما ذكرناه.

وقد روى عن أبى سعيد الخدرى عن رسول الله - ﷺ - أنه قال: «من أسلف فى شيء، فلا يصرفه إلى غيره»[٣].

وهذا ما جزم به العراقيون فى المسلم فيه، وذهب إليه القاضى أبو حامد فى مال الكتابة، ولم يحك فى التهذيب سواه[٤] ووراءه فى كل من الصورتين وجهان:

أحدهما: تجوز الحوالة بهما وعليهما، وهو فى مسألة المسلم فيه منسوب إلى أبى حفص بن الوكيل، وفى مسألة مال الكتابة منسوب إلى ابن سريج[٥].

وحُكِى أن الحليمى قال به فى الحوالة عليه، ويجىء من طريق الأولى تجويز الحوالة به.

---

(١) ينظر روضة الطالبين (٤/ ٢٢٨)، وكفاية النبيه خ، ونهاية المطلب فى دراية المذهب خ .

(٢) ينظر تحفة النبيه بشرح التنبيه خ .

(٣) تقدم .

(٤) ينظر فتح العزيز (١٠/ ٣٤١، ٣٤٢) .

(٥) ينظر نهاية المطلب خ .

وقد بناه الرافعى، والماوردى فى مسألة المسلم فيه على أنها استيفاء لا معاوضة[١]، ويشبه أن يبنى فى مسألة مال الكتابة عليه أيضًا. والثانى: تجوز الحوالة بهما ولا تجوز الحوالة عليهما، وبه جزم ابن الصباغ والأكثرون فى مسألة الكتابة؛ لأن للمكاتب أن يقضى حق سيده باختياره، بخلاف حوالة السيد عليه به؛ لأنه يؤدى إلى إيجاب القضاء عليه بغير اختياره[٢].

قال ابن الرفعة: ولمن قال بمنع الحوالة به أن يقول: شرط الحوالة أن يكون ما على المحيل مثل ما على المحال عليه صفة وقدرًا، حتى لا يستفيد المحتال بالحوالة شيئًا لم يكن له، وفى هذه الحوالة له من الأمر كذلك؛ لأن السيد لو صحت حوالة المكاتب له، لاستفاد بها لزوم دينه على المحال عليه، وقد كان على المكاتب غير لازم؛ فامتنعت الحوالة لهذا المعنى.

ولهذا المعنى منع ابن سريج الحوالة بدين لا ضامن به على دين به ضامن؛ ليطالب به الضامن والمضمون عنه، لكن فى كلام أبى حامد ما يمنع، وحينئذ يبقى ما ذكره الجمهور خال عن الاعتراض.

وقد خص الجرجانى محل هذا الوجه بما بعد حلول مال الكتابة، وكذلك المحاملى دونما قبله.

وعكس فى الوسيط هذا الوجه فى مسألة المسلم فيه، فقال: لا تجوز الحوالة به، وتجوز عليه.

ثم صورة الحوالة بهما: أن يحيل المكاتب أو المسلم إليه السيد أو المسلم بما له فى ذمته على غيرهما.

والحوالة عليهما: أن يحيل السيد أو المسلم على المكاتب أو المسلم إليه بماله فى ذمته إنسانًا»[٣].

وقال العمرانى فى المكاتب إذا حصلت عليه ديون لغير سيده من المعاملة، وله ديون؛ جاز له أن يُحيل بعض غرمائه على بعض، وجاز لغرمائه أن يُحيلوا عليه بما لهم فى ذمته؛ لأن الحق ثابت فى ذمته، وأما ما فى ذمته من مال الكتابة: فلا يجوز

---

(١) ينظر فتح العزيز (١٠/ ٣٤١).
(٢) ينظر الشامل خ، وشرح مختصر المزنى خ.
(٣) ينظر: كفاية النبيه خ، تحفة النبيه خ، الموضح للتنبيه خ.

لسيده أن يحيل به عليه؛ لأنه غير مستقر؛ لأن له أن يُعجز نفسه متى شاء؛ فلا معنى للحوالة به، وإن أراد المكاتب أن يحيل سيده بمال الكتابة الذى عليه على غريم المكاتب، قال ابن الصباغ: صحت الحوالة. واشترط البعض أن يكون النجم قد حل؛ لأنه بمنزلة أن يقضيه ذلك من يده.

وإن كان لسيده عليه مال من جهة المعاملة، فهل يجوز للسيد أن يُحيل غريمًا له عليه؟

فيه وجهان، حكاهما الطبرى:

أحدهما: يصح، ولم يذكر ابن الصباغ غيره؛ لأنه دين لازم.

والثانى: لا يصح؛ لأنه قد يعجز نفسه، فيسقط ما فى ذمته لسيده من دين المعاملة وغيرها؛ لأن السيد لا يثبت له المال على عبده. قال الصيمرى: وإن أحاله رجل على عبده، فإن كان مأذونًا له فى التجارة، جاز، وإن كان غير مأذون له، ففيه وجهان، الأصح: لا تصح الحوالة. انتهى كلام العمرانى.

فرع: قال العمرانى: ولا تجوز الحوالة بالمبيع قبل القبض؛ لأنه غير مستقر؛ لأنه قد يتلف؛ فيبطل البيع فيه:

و قال ابن الرفعة:

«واعلم: أن المراد بالدين المستقر هاهنا ما يجوز بيعه[1]، لا ما أمنا انفساخ العقد فيه بتلفه، أو تلف مقابله؛ كما ذكرناه فى البيع. ويدل على ذلك أمران:

أحدهما: أن ثمن المبيع الذى لم يقبض لا يؤمن انفساخ العقد فيه بتلف المبيع ومع ذلك تجوز الحوالة به، كما استنبطه الرافعى من اختلاف الأصحاب فى محل القولين الآتيين فيما إذا أحال المشترى البائع بالثمن على رجل، ثم رده بالعيب، هل هو فيما إذا كانت الحوالة بعد قبض المبيع، أما إذا كانت قبله، فتنفسخ وجهًا واحدًا، أو محلهما قبل القبض وبعده على حد سواء.

والثانى: أن الزوجة يصح منها أن تحيل بالصداق قبل الدخول مع أنه غير مستقر بالمعنى الذى أردناه، وذلك يدل على ما ذكرناه؛ ولأجل هذا جاءنا وجه فى صحة الحوالة بنجوم الكتابة؛ كما قيل به فى جواز بيعها.

---

(١) ينظر أسنى المطالب (٢/ ٢٣٠).

وفى شرح الفروع للقاضى أبى الطيب أو لغيره إشارة إلى منع الحوالة فى مسألة الصداق؛ فإنه قال - فيما إذا أحالت الزوجة بالصداق قبل الدخول -: ظاهر المذهب ملكها للتصرفات قبل القبض من البيع، والهبة، والعتق، فكذا الحوالة[١].

قال ابن الرفعة:

الثمن فى زمن الخيار: هل تجوز الحوالة به وعليه؟

فيه وجهان:

أحدهما -وهو قول القاضى أبى حامد -: لا.

والثانى - وهو الأصح فى الرافعى والنهاية والوسيط -: نعم[٢].

وهما مبنيان فى الحاوى، والتتمة على أن الحوالة معاوضة أو استيفاء: فإن قلنا بالأول، لم تصح، وإلا صحت[٣]؛ فعلى هذا لا ينقطع الخيار، فلو اتفق فسخ البيع، انقطعت الحوالة وجهًا واحدًا. صرح به الشيخ أبو حامد، وغيره.

ولم يصر أحد من الأصحاب إلى أن الحوالة فى الثمن تقطع الخيار فى البيع.

وفى الرافعى حكاية وجه عن الشيخ أبى على، وأنه اختاره: أن الخيار يبطل؛ لأن قضية الحوالة اللزوم، فلو بقى الخيار لما صادفت الحوالة مقتضاها، وكانت كالحوالة على النجوم.

وعلى قول المنع، هل ينقطع خيار البائع إن كانت الحوالة عليه، وخيارهما إن كانت الحوالة به؟

فيه وجهان.

فرع: قال ابن الرفعة: الجعل فى الجعالة: جزم الماوردى، والمتولى بعدم صحة الحوالة به قبل العمل، وبالصحة بعده.

قال الرافعى: والقياس أن يجىء فى الحوالة به، وعليه الخلاف المذكور فى الرهن وفى ضمانه.

فرع: قال ابن الرفعة: الزكاة، هل يصح أن يحيل المالك بها الساعى؟

---

(١) ينظر كفاية النبيه خ .

(٢) ينظر فتح العزيز (١٠/ ٣٤)، نهاية المطلب خ .

(٣) ينظر تتمة الإبانة خ .

إن قلنا: إنها استيفاء، صحت، وإلا فلا»[١].

قال المصنف - رحمه الله تعالى -:

(فصل) واختلف أصحابنا في جنس المال الذي تجوز به الحوالة.

فمنهم من قال: لا تجوز إلا بماله مثل: كالأثمان، والحبوب، وما أشبهها؛ لأن القصد بالحوالة اتصال الغريم إلى حقه على الوفاء من غير زيادة ولا نقصان، ولا يمكنه ذلك إلا فيما له مثل؛ فوجب ألا يجوز فيما سواه.

ومنهم من قال: تجوز في كل ما يثبت في الذمة بعقد السلم: كالثياب، والحيوان؛ لأنه مال ثابت في الذمة، يجوز بيعه قبل القبض، فجازت الحوالة به، كذوات الأمثال.

(فصل) ولا تجوز إلا بمال معلوم؛ لأنا بينا أنه بيع، فلا تجوز في مجهول.

واختلف أصحابنا في إبل الدية: فمنهم من قال: لا تجوز، وهو الصحيح؛ لأنه مجهول الصفة، فلم تجز الحوالة به، كغيره.

ومنهم من قال: تجوز؛ لأنه معلوم العدد والسن، فجازت الحوالة به.

(الشرح) الأحكام: تجوز الحوالة بالدراهم، والدنانير، وبما له مثل، كالطعام والأدهان؛ لأن القصد من الحوالة إيفاء الغريم حقه من غير زيادة ولا نقصان، وذلك يحصل بما ذكرناه.

وهل تصح الحوالة بما لا مثل له مما يضبط بالصفة: كالثياب، والحيوان، والعروض التي يصح السلم عليها؟ فيه وجهان:

أحدهما: يصح؛ لأنه مال ثابت في الذمة مستقر، فصحت الحوالة به، كالدراهم والدنانير.

والثاني: لا يصح؛ لأن المثل فيه لا ينحصر؛ ولهذا لا يضمن بمثله في الإتلاف.

فإذا قلنا بهذا لم تجز الحوالة بإبل الدية.

وإذا قلنا بالأول، فهل تصح الحوالة بإبل الدية؟

فيه وجهان، مخرجان من القولين للشافعي: إذا جنت امرأة على رجل موضحة، فتزوجها على خمس من الإبل في ذمتها، له أرش جنايتها عليه.

---

(١) ينظر كفاية النبيه خ .

وكذلك قال فى الصلح: إذا كان له فى ذمته أرش جناية، خمس من الإبل، فصالح عنها، فهل يصح؟

فيه قولان:

أحدهما: يصح؛ لأنه دين مستقر فى الذمة معلوم العدد والسن.

والثانى: لا يصح، وهو الصحيح؛ لأنها مجهولة الصفة؛ لأنه لا يتعين على من وجبت عليه أن يسلمها من لون مخصوص. هذا الذى ذكره صاحب البيان.

وقال ابن الرفعة فى شرح التنبيه: قال: ولا تجوز إلا بمال معلوم؛ لأن بيع المجهول، واستيفاؤه غير جائز، لما فيه من الغرر.

والمراد بالمعلوم هاهنا: أن يكون معلومًا بالصفات التى تعتبر فى المسلم فيه، سواء كان المال مثليا: كالدراهم، والدنانير، والحبوب، وغير ذلك، أو غير مثلى؛ كالحيوان، والنبات وغير ذلك.

وفى غير المثلى وجه: أنه لا تصح الحوالة به ولا عليه[1].

وفى الشامل، وتعليق البندنيجى، وغيرهما فى باب بيع الطعام بالطعام حكاية وجه ثالث: أن الحوالة لا تصح إلا بالأثمان، وقالوا: إنه ليس بشىء[2].

قال: وقيل: يصح فى إبل الدية وإن كانت مجهولة - أى الصفات - لحصول المقصود من الجانبين.

فإن المسألة مصورة بما إذا أوضحت رأس إنسان، وأوضح ذلك الإنسان رأس آخر، فإن الواجب له وعليه خمس من الإبل، فأحال المجنى عليه أولًا المجنى عليه. ثانيًا بها على الجانى أولًا. هكذا علله بعضهم، والذى حكاه البندنيجى وغيره: أن هذا أخرجه ابن سريج من أحد قولى الشافعى فى جواز المصالحة عليها، موجهًا ذلك أن القدر واللون ينحصر إلى أقل ما يقع عليه الاسم؛ فينحصر إلى معلوم.

وحكى فى الاستقصاء، وغيره: أن الخلاف فى الصلح وجهان مخرجان من قولين نص عليهما الشافعى فيما لو جنت امرأة على رجل موضحة، فتزوجها،

---

(١) ينظر كفاية النبيه خ .

(٢) ينظر الشامل خ .

وجعل تلك الإبل صداقها[١].

قال المصنف - رحمه الله تعالى -:

(فصل) ولا تجوز إلا أن يكون الحقان متساويين فى الصفة، والحلول، والتأجيل.

فإن اختلفا فى شىء من ذلك؛ لم تصح الحوالة؛ لأن الحوالة إرفاق كالقرض، فلو جوزنا مع الاختلاف صار المطلوب منه طلب الفضل، فتخرج عن موضوعها.

فإن كان لرجل على رجلين ألف. على كل واحد منهما خمسمائة، وكل واحد منهما ضامن عن صاحبه خمسمائة، فأحال عليهما رجلًا له عليه ألف، على أن يطالب من شاء منهما بألف، ففيه وجهان:

أحدهما: تصح، وهو قول الشيخ أبى حامد الإسفراييني - رحمه الله - ؛ لأنه لا يأخذ إلا قدر حقه.

والثانى: لا تصح؛ وهو قول شيخنا القاضى أبى الطيب - رحمه الله - ؛ لأنه يستفيد بالحوالة زيادةً فى المطالبة، وذلك لا يجوز، ولأن الحوالة بيع، فإذا خيرناه بين الرجلين، صار كما لو قال: بعتك أحد هذين العبدين.

(الشرح) الأحكام: لا تصح الحوالة إلا إذا كان الحقان من جنس واحد، فإن كان عليه لرجل دنانير، فأحاله بها على رجل له عليه دراهم، أو أحال من له عليه حِنطةً على من له عليه شعير، أو ذرة، لم تصح الحوالة؛ لأن موضوع الحوالة أنها لا تفتقر إلى رضا المحال عليه - كما سيأتى - فلو صححناها بغير جنس لحق، لاشترط فيها رضاه؛ لأنه لا يُجبر على تسليم غير الجنس الذى عليه؛ ولأن الحوالة تجرى مجرى المقاصة؛ لأن المُحيل يسقط ما فى ذمته بما له فى ذمة المحال عليه، ثم المقاصة لا تصح فى جنس بجنس آخر؛ فكذلك الحوالة.

ولا تصح الحوالة إلا إن كان الحقان من نوع لجنس واحد - أى: الصحاح بالصحاح، والمكسر بالمكسر، والجيد بالجيد، والردىء بالردىء - لما ذكرناه فى الجنس، فإن كان له على رجل ألف درهم صحاح، فأحاله بها على من له عليه ألف درهم مكسرة، أو كان بالعكس من ذلك - لم تصح الحوالة؛ لأن الحوالة فى الحقيقة بيع دين بدين، وبيع الدراهم بالدراهم صرف من شرطه القبض فى

---

(١) ينظر الموضح للتنبيه خ، الشامل خ، كفاية النبيه خ .

المجلس، إلا أنه جوز تأخير القبض فى الحوالة؛ لأنه عقد إرفاق ومعروف، فإذا دخل فيه الفضل، صار بيعًا وتجارة، وبيع الدين بالدين لا يجوز.

ألا ترى أن القرض فى الحقيقة صرف؛ لأنه يعطى درهمًا بدرهم، ولكن جوزنا تأخير القبض فيه؛ لأنه إرفاق؟

ولو قال: أقرضتك هذه الدراهم المُكسرة لترد على صِحاحًا، لم يصح؛ فكذلك هذا مثله.

فرع: وإن أحاله بدين حال على رجل له عليه دين حال، أو بدين مؤجل على دين مؤجل، وهما متساويان فى الأجل، صح، وإن أحاله بدين حال عليه على دين مؤجل له، لم يصح؛ لأن الحال لا يتأجل عندنا، ولأن المحتال قد نقص من حقه، وهو أن دينه كان معجلًا، فجعله مؤجلًا، لينقل حقه من ذمة إلى ذمة، فلم يصح، كما لو كان له دين مؤجل، فقال من عليه الدين لمن له الدين: انقص من دينك؛ لأقدم لك دينك قبل حلوله، فإن هذا لا يصح.

وإن كان عليه لرجل دين مؤجل، فأحاله به على دين له حال، فهل تصح الحوالة؟

فيه وجهان حكاهما المسعودى:

أحدهما: تصح؛ لأنه يمكنه تعجيل المؤجل.

والثانى: لا تصح، وهو قول البغداديين من أصحابنا؛ لأن المحيل قد زاد المحتال فى حقه، لينقل حقه من ذمته إلى ذمة غيره، فلم يصح؛ كما لو كان له عليه ألف حال، فزاده فيه ليجعله مؤجلًا.

إذا ثبت هذا: فقد علل ابن الرفعة عدم جواز الحوالة، عند الاختلاف فى الحلول والتأجيل بأن الحوالة عقد إرفاق كالقرض، فلو جوزت مع الاختلاف، صار المطلوب منها الفضل؛ فتخرج عن موضوعها[1].

ثم قال: وقيل: إذا قلنا: إنها استيفاء، جاز أن يحيله بالحال عن المؤجل، وبالمؤجل إلى شهر عن المؤجل إلى أكثر منه، وبالصحيح عن الكسر، وبالجيد عن الردىء[2] ولا يجوز العكس.

---

(١) ينظر روضة الطالبين (٤/ ٢٣١).

(٢) ينظر مغنى المحتاج (٢/ ١٩٥).

وفى الوسيط عكس هذا، فإنه قال: كل ما يمنع الاستيفاء إلا بمعاوضة، يمنع الحوالة فيه، وإن كان لا يمنع الاستيفاء بل يجب القبول، ولا يشترط رضا المستحق كتسليم الصحيح عن المكسر، والأجود عن الردئ، والحال عن المؤجل فى بعض الأحوال - جازت الحوالة به.

وإن كان يفتقر إلى الرضا المجرد دون المعاوضة، ففيه وجهان، وهذا ما حكاه الإمام عن شيخه خاصة، وهو خلاف ما عليه الجمهور.

ثم على القول بعدم الجواز، لو وقعت الحوالة، قال فى التتمة: هى حوالة على من لا دين عليه وسيأتى بيانها.

وقد أغرب أبو الحسن الزبيلى فى أدب القضاء له، فقال: إذا كان عليه دراهم فأحاله بها على شخص له عليه دينار، أو كان عليه قمح فأحاله به على شخص له عليه شعير قرض؛ جاز، إلا أنهما لا يفترقان إلا عن قبض[(١)].

فرع: وإن كانا مؤجلين أجلا واحدا، صحت الحوالة!

فإن مات المحيل أو المحتال لم يتغير حكم الحوالة؛ لأن الدين انتقل عن المحيل إلى المحال عليه، ولا يتغير بموت المحتال؛ لأنه صاحب الحق.

وإن مات المحال عليه، حل الدين، وسقط الأجل[(٢)].

فرع: وإن كان لرجل على رجلين ألف درهم، على كل واحد منهما خمسمائة، وكل واحد منهما ضامن عن صاحبه، فأحاله أحدهما على الآخر بألف وقبل المحتال الحوالة، برئت ذمتهما مما له عليهما؛ لأن الحوالة بمنزلة القبض.

وإن أحال عليهما رجلا له عليه ألف؛ ليأخذ من كل واحد منهما خمسمائة صح وإن أحاله على أحدهما، صحت الحوالة وبرىء الآخر.

وإن أحاله عليهما، على أن يطالب من شاء منهما بالألف، فهل تصح الحوالة؟ فيه وجهان، حكاهما أبو العباس بن سريج:

أحدهما: تصح الحوالة فيثبت للمحتال ما كان ثابتًا للمحيل وهو اختيار الشيخ أبى حامد؛ لأن المحتال لا يأخذ إلا قدر حقه؛ لأن الزيادة الممنوع منها إنما تكون فى

---

(١) ينظر كفاية النبيه خ، تتمة الإبانة خ .
(٢) ينظر شرح مختصر المزنى خ، الشامل خ .

القدر، أو الصفة؛

ألا ترى أنه يجوز أن يُحيل على من هو أملئ منه؟

والثانى: لا تصح الحوالة، وهو اختيار القاضى أبى الطيب لأنها زيادة فى حقه؛ لأنه يستفيد بهذه الحوالة زيادة فى المطالبة؛ لأنه كان يطالب واحدًا، فصار يطالب اثنين؛ ولأن الحوالة بيع، فإذا كان الحق على اثنين، كان المقبوض منه منهما مجهولًا، فصار العوض مجهولًا؛ فلم تصح.

قال الشيخ أبو حامد: فعلى هذا الوجه: لا تصح الحوالة بدين فيه ضمان، أو رهن.

وقال ابن الرفعة: وينبغى أن يكون على هذا الاختلاف إذا أحاله بدين عليه رهن، ودينه بغير رهن.

وقال ابن الصباغ: ينبغى ألا تصح الحوالة بدين لا رهن به على دين به رهن، وجهًا واحدًا؛ لأن الرهن عقد وقع له، فلا يقبل النقل إلى غيره، بخلاف الذى له على الضامن؛ لأنه يقبل النقل؛ ولهذا لو أحاله عليه وحده، جاز.

قال المصنف - رحمه الله تعالى -:

(فصل) ولا تجوز الحوالة إلا على من له عليه دين؛ لأنا بينا أن الحوالة بيع ما فى الذمة بما فى الذمة، فإذا أحال من لا دين له عليه، كان بيع معدوم؛ فلم تصح.

ومن أصحابنا من قال: تصح إذا رضى المحال عليه؛ لأنه تحمل دين يصح إذا كان عليه مثله، فصح، وإن لم يكن عليه مثله، كالضمان، فعلى هذا يطالب المحيل بتخليصه؛ كما يطالب الضامن المضمون عنه بتخليصه، فإن قضاه بإذنه، رجع على المحيل، وإن قضاه بغير إذنه، لم يرجع.

(الشرح) الأحكام: إذا كان لرجل على رجل حق، فأحاله على من لا حق له عليه، فإن لم يقبل المُحال عليه الحوالة، لم تصح الحوالة، ولم تبرأ ذمة المحيل؛ لأنه لا يستحق شيئًا على المحال عليه وإذا كانت الحوالة لا تصح بغير الجنس الذى عليه، فأولى ألا تصح إذا لم يكن عليه حق، كذا قاله القاضى أبو الطيب؛ كما حكاه ابن الرفعة.

وإن قبل المحال عليه الحوالة، فهل تصح الحوالة؟ فيه وجهان:

أحدهما: لا تصح. وهو قول أكثر أصحابنا، وهو ظاهر كلام المزنى؛ لأن

الحوالة معاوضة، فإذا كان لا يملك شيئًا فى ذمة المحال عليه، لم تصح؛ كما لو اشترى شاة حية بشاة ميتة؛ ولما ذكرناه من أنه لو أحاله على من له عليه دين غير لازم، أو غير مستقر، أو مخالف لصفة دينه - لم تصح الحوالة، فلَأَلّا تصح الحوالة على من لا دين له عليه أولى.

والثانى: تصح الحوالة؛ كما يصح أن يصالح عن الدين. وهو قول أبى حنيفة، وأصحابه رحمهم الله؛ لأن المحال عليه إذا قبل الحوالة، صار كأنه قال لصاحب الحق: أسقط عنه حقك، أو أبرئه، وعلى عوضه، ولو قال ذلك، للزمه؛ لأنه استدعاء إتلاف ملك بعوض، فكذلك هذا مثله.

وهذا ما اختاره ابن الحداد فى فروعه، وقال فى شرحها من القاضى أبى الطيب وغيره: وهو الصحيح عندي[(١)]

وقد خرج ابن سريج هذا الخلاف على أن الحوالة بيع أو عقد إرفاق يتضمن الاستيفاء.

فإن قلنا بالأول، وهو الصحيح، لم تصح؛ لأن ذلك بيع معدوم[(٢)].

وإن قلنا بالثانى: صحت، فكأنه استوفاه منه وأقرضه له، وعلى ذلك جرى صاحب التهذيب والجمهور[(٣)].

وبناهما غيره كما حكاه القاضى الحسين على أن الضمان بشرط براءة الأصيل هل يصح؟ وفيه جوابان لابن سريج - أيضًا - فإن جوزناه جوزنا هذه الحوالة، وإلا فلا؛ لأنه فى الحقيقة تضمين ما فى ذمة المحيل بشرط أن تبرأ؛ ولهذا اعتبرنا على قول الصحة رضاه، وجهًا واحدًا؛ لأنه لا يصح إلزامه الحق بغير الرضا.

قال ابن الرفعة: وهذا ما صححه الإمام، ثم قال: وليس هو مأخوذًا من ذلك بل هو عينه، فلهذا قطع به الغزالى فى الوسيط[(٤)].

وهذا البناء إنما يصح إذا قلنا: إن ذمة المحيل تبرأ من الدين المحال به فى

---

(١) ينظر الإبهاج فى شرح المنهاج خ، وفتح القدير (٥/ ٤٤٤)، درر الحكام (٢/ ٣٠٩) .
(٢) ينظر شرح مختصر المزنى خ .
(٣) ينظر مغنى المحتاج (٢/ ١٩٤)، وفتح العزيز (١٠/ ٣٣٩)، وتتمة الإبانة خ، والموضح للتنبيه خ .
(٤) ينظر الوسيط ص٥٢٢، وكفاية النبيه خ .

الحال، كما صار إليه الصيدلانى، وحكاه ابن كج وجهًا، وصححه من شرح فروع ابن الحداد من القاضى أبى الطيب وغيره[١]، وبه جزم ابن الصباغ.

أما إذا قلنا بأنه لا يبرأ قبل توفية المحال عليه الحق؛ كما أورده فى التهذيب والأكثرون، كما حكاه الرافعى، وهو الذى يقتضيه قول المصنف فى التنبيه: «ومتى صحت الحوالة، برئت ذمة المحيل»، وعليه يدل كلام الماوردى حيث قال: إنه يجرى مجرى الضمان، وأنه لا رجوع له بالحق قبل أدائه، فلا يستقيم هذا البناء وسوف نفصل القول فى مسألة براءة ذمة المحيل بالحوالة فى الفصل الذى سيعقده المصنف لذلك فيما بعد إن شاء الله تعالى.

وقد عكس الماوردى هذا البناء، وقال: إذا ضمن عن إنسان دينًا على شرط أنه برىء منه، فإذا صح - كما هو قياس مذهب المزنى - كانت حوالة بلفظ الضمان؛ لأن الألفاظ مستعارة.

وإذا قلنا: لا تصح كما هو قياس مذهب ابن سريج، يكون ضمانًا باطلًا؛ اعتبارًا بظاهر اللفظ[٢].

فإذا قلنا: تصح الحوالة على من لا دين عليه إذا رضى؛ فللمحال عليه أن يُطالب المحيل بتخليصه، كما يُطالب الضامن المضمون عنه بتخليصه، فإن وزن المحال عليه الحق، فإن كان بغير إذن المُحيل، لم يرجع على المحيل بشىء؛ لأنه متطوع، وإن وزن بإذنه، رجع عليه.

وقال ابن الرفعة: على القول بالصحة، هل تكون لازمة قبل قبض الحق من المحال عليه؛ كما فى سائر الحوالات، أو لا تلزم إلا بالقبض؟

فيه وجهان حكاهما الإمام عن العراقيين، والأصح الأول.

وهل له أن يرجع على المحيل فى الحال؟

ينظر: إن قلنا: إنه يبرأ بمجرد الحوالة، فنعم؛ كما حكاه الرافعي[٣]. وعند القاضى أبى الطيب، وابن الصباغ: لا ما لم يغرم.

وإن قلنا: لا يبرأ، فالحكم فيه كالضامن مع المضمون عنه فى هذا، وفى غيره من

---

(١) ينظر فتح العزيز (١٠/٣٣٩).
(٢) ينظر كفاية النبيه خ.
(٣) ينظر فتح العزيز (١٠/٣٤٠).

الأحكام؛ كما هو مذكور فى باب الضمان. إلا أن الأصحاب جزموا هاهنا فيما إذا أدى بالإذن بالرجوع، وإن حكوا ثم وجها فى أنه لا يرجع.

وأن الظاهر هاهنا - كما قاله مجلى فيما إذا أدى بغير الإذن بأنه يرجع؛ لأن الحوالة تقتضى الإذن فى القضاء، إذ مضمونها تحول الحق وانتقاله، بخلاف الضمان، فإنه مجرد وثيقة، وإن كان الماوردى قد جزم بعدم الرجوع، وأن المحال إذا أبرأ المحال عليه يخرج على الخلاف فيما إذا أبرأت الزوجة الزوج، ثم طلقها قبل الدخول؛ كما حكاه الإمام عن العراقيين، و شيخه. والذى جزم به الجمهور عدم الرجوع[1].

فرع: وإن أبرأ المحتال المحال عليه، برىء، ولا يرجع المحال عليه على المُحيل بشىء؛ لأنه لم يُغرم شيئًا، والذى يقتضى المذهب: أن المحتال لا يرجع على المحيل بشىء؛ لأن ذمته قد برئت بالحوالة على هذا، وإن قبض المحتال الحق من المحال عليه بإذن المحيل، ثم وهبه المحتال للمحال عليه، فهل يرجع المحال عليه على المحيل بشىء؟

فيه وجهان:

أحدهما: لا يرجع عليه بشىء؛ لأنه لم يُغرم شيئًا؛ لأن ما دفع، رجع إليه.

والثانى: يرجع عليه، وهو المذهب؛ لأنه قد غرم، وإنما عاد إليه بسبب آخر.

فرع: إذا ضمن رجل عن رجل ألف درهم، فأحال الضامن المضمون له على رجل له عليه ألف بالألف، وقبل الحوالة - برىء الضامن والمضمون عنه، ورجع الضامن على المضمون عنه إن كان ضمن بإذنه، وقضى بإذنه وجهًا واحدًا.

وإن كان ضمن بإذنه، وقضى بغير إذنه، فعلى وجهين، وسواء قبض المحتال الحوالة أو أبرأ المحال عليه؛ لأن الضامن قد غرم، والإبراء قد حصل للمحال عليه، فلا يسقط رجوع الضامن.

وأما إذا أحاله على من ليس له عليه شىء:

فإن قلنا: لا تصح الحوالة؛ فالمال باق على الضامن بحالة[2].

---

(١) ينظر روضة الطالبين (٤/ ٢٢٩)، وفتح العزيز (١٠/ ٣٤٠)، ونهاية المطلب خ، وكفاية النبيه خ.

(٢) ينظر روضة الطالبين (٤/ ٢٢٩)، وفتح العزيز (١٠/ ٣٤٠).

وإن قلنا: تصح الحوالة، فقد برئت ذمة الضامن والمضمون عنه، ولكن لا يرجع على المضمون عنه بشىء فى الحال؛ لأنه لم يغرم شيئًا. وإن قبض المحتال الحوالة، ورجع المحال عليه على الضامن، رجع الضامن على المضمون عنه. وإن أبرأه من الحوالة، لم يرجع على المحيل، ولم يرجع الضامن على المضمون عنه؛ لأنه لم يغرم عنه شيئًا[1].

وأما إن قبضه منه، ووهبه له فهل يرجع على المحيل؟ على وجهين.

وقال أبو حنيفة وأصحابه: يرجع عليه، وهب له، أو تصدق به، أو ورثه من المحتال، ووافقونا فى الإبراء أنه لا يرجع[2].

وعندنا: أن هبته قبل القبض بمنزلة الإبراء، وعندهم لا يكون بمنزلته ويثبت الرجوع، وتعلقوا بأنه يملك ما فى ذمته بالهبة، والصدقة، والميراث؛ فكان له الرجوع كالأداء؛ فإنه يملك نفى ذمته بالأداء، ويخالف الإبراء؛ لأنه إسقاط حق.

ودليلنا: أنه لم يغرم عنه شيئًا، فلم يرجع عليه كالإبراء.

وقولهم: «إنه يملك ما فى ذمته»، فليس بصحيح؛ لأن الإنسان لا يملك فى ذمته شيئًا، وإنما يسقط عن ذمته بوجود سبب الملك، فصار كالإبراء، ذكره ابن الصباغ فى الشامل[3].

فرع: وإن كان عليه دين مؤجل، فأحاله على رجل لا شىء له عليه، وقبل المحال عليه الحوالة، وقلنا: تصح، فإن قضاه المُحال عليه الحق فى محله بإذن المُحيل، رجع عليه، وإن قضاه قبل حلول الحق، لم يرجع على المحيل قبل محل الدين؛ لأنه متطوع بالتقديم.

فإن اختلف المحيل والمحال عليه؛ فقال المحال عليه: أحلت على، ولا حق لك علىّ، وأنا أستحق الرجوع عليك؛ لأنى قضيت بإذنك. وقال المُحيلُ: بل أحلت بحق لى عليك - فالقول قول المحال عليه مع يمينه؛ لأن الأصل براءة ذمته من الدين.

فرع: ولو أحال المحال عليه المحتال على غيره نظر: إن كان على من له عليه

---

(١) ينظر شرح مختصر المزنى خ .
(٢) ينظر البدائع (٦/ ١٩) .
(٣) ينظر الشامل خ .

دين، رجع فى الحال.

وإن كان على من لا دين له عليه، لم يرجع ما لم يرجع عليه الذى أحاله عليه:

ثم مقتضى هذا التفريع كله أن المحتال له مطالبة المحيل والمحال عليه؛ كما فى الضمان[1].

قال المصنف - رحمه الله تعالى -:

(فصل) ولا تصح الحوالة من غير رضا المحتال؛ لأنه نقل حق من ذمة إلى غيرها، فلم يجز من غير رضا صاحب الحق؛ كما لو أراد أن يعطيه بالدين عينًا.

وهل تصح من غير رضا المحال عليه؟ ينظر فيه: فإن كان على من لا حق له عليه، وقلنا: إنه تصح الحوالة على من لا حق له عليه؛ لم تجز إلا برضاه، وإن كان على من له عليه حق، ففيه وجهان:

أحدهما: وهو قول أبى سعيد الإصطخرى، واختيار المزنى: أنه لا تجوز إلا برضاه؛ لأنه أحد من تتم به الحوالة، فاعتبر رضاه فى الحوالة، كالمحتال.

والثانى - وهو المذهب -: أنه تجوز؛ لأنه تفويض قبض، فلا يعتبر فيه رضا من عليه، كالتوكيل فى قبضه، ويخالف المحتال، فإن الحق له فلا ينقل بغير رضاه، كالبائع، وهنا الحق عليه، فلا يعتبر رضاه، كالعبد فى البيع.

(الشرح) الأحكام: لا تصح الحوالة إلا برضا المحيل؛ لأن الحق عليه، ولا يتعين عليه جهة قضائه؛ فلا يجبر على قضائه من محل معين؛ كما لو طلب منه الوفاء من كيس بعينه؛ وهذا قول البغداديين من أصحابنا.

وأما الخراسانيون: فقالوا: هل يعتبر رضا المُحيل؟ فيه وجهان،

وصورتها: أن يقول المُحال عليه لرجل: أحلتك على نفسى بالحق الذى لك على فلان، فإذا قال: قبلت، فهل يصح؟

على الوجهين؛ بناء على الوجهين فيما لو قال: ضمنت عنه بشرط أن تُبرئه.

قال العمرانى: وعندى أن هذين الوجهين إنما يتصوران فى المحال عليه إذا لم يكن عليه حق للمحيل، وقلنا: تصح الحوالة على من لا حق له عليه برضاه، فأما إذا كان للمحيل على المحال عليه حق، فلا يصح بغير رضا المحيل، وجهًا واحدًا.

---

(١) ينظر روضة الطالبين (٤/٢٢٩)، وكفاية النبيه خ .

وقال ابن الرفعة: واعلم أن بعض الشارحين حكى وجهًا: أن الحوالة تصح بدون رضا المحيل، وصور محله بما إذا قال: أحلتك على نفسى بالدين الذى لك على فلان، فيقول المحتال: قبلت، وأن هذا يتجه إذا لم يكن على حق المحيل، وصرح بعضهم بأن ذلك تفريع على جواز الحوالة على من لا دين عليه[1]، وما قاله فيه نظر؛ لأنها فى هذه الحالة ما صحت إلا بمحيل، وهو القائل: أحلتك؛ بدليل أن المحتال لابد أن يقول: قبلت كما قال، وقابل بلا موجب محال، ولا يقال: إن ذلك ليس محال؛ بدليل أن الأب إذا باع مال ولده من نفسه اكتفينا بمجرد الإتيان بأحد شقى العقد على رأى؛ لأنا نقول ذلك مصور على ما حكاه الإمام فى باب الهبة. بما إذا أتى بلفظ يستقل الابتداء به؛ مثل أن يقول: «اشتريت» أو «اتهبت».

أما قوله: «قبلت البيع» أو «الهبة» ؛ فلا يمكن الاقتصار عليه بحال.

نعم: فى هذه الصورة اتحد المحيل والمحال عليه، ولا بُعْدَ فى اتحاد العاقد والمعقود عليه.

ألا ترى أن السيد إذا وكل عبده فى بيع نفسه صح؟

ثم على تسليم القول بصحة هذا العقد، وأنه لا محيل فيه؛ بناء على أن المراد بالمحيل من يكون عليه الدين - كما صرح به الماوردى وغيره - فهو ليس بحوالة، وإنما هو ضمان[2].

وأما رضا المحتال، فإن كافة أهل العلم ذهبوا إلى أنه لابد من رضا المحتال؛ لأن الحق قد تعلق بذمة المحيل، فلا يملك نقله إلى غير ذمته بغير رضا من له الحق، كما لو تعلق الحق بعين، فليس له أن ينقله إلى عين أخرى بغير رضا من له الحق.

وذهبت طائفة من أهل العلم منهم داود وأهل الظاهر، كما ذكره، العمرانى وابن الصباغ، وأحمد: كما ذكره وابن الصباغ، وأبو ثور: كما ذكره ابن الرفعة حكاية عن الماوردى -: إلى أنه لا يعتبر رضا المحتال إذا كان المحال عليه مليئًا لقوله ﷺ: «إذا أحيل أحدكم على ملىء، فليحتل». وهذا أمر، والأمر يقتضى الوجوب.

وقد رد أصحابنا عليهم «بقوله - ﷺ -: «إن لصاحب الحق مقالًا»[3]، فكان

---

(١) ينظر تتمة الإبانة خ .

(٢) ينظر كفاية النبيه خ .

(٣) تقدم .

عامًا، وبأن الحقوق التى فى الذمم قد تنقل تارة إلى الذمة بالحوالة، وتارة إلى عين بالمعاوضة، فلما ثبت أن نقله إلى عين لا يلزم إلا بالرضا؛ فنقله إلى الذمة أولى؛ لأن بنقله إلى عين أخرى يصل إلى حقه، ونقله إلى ذمة أخرى لا يصل إليه.

أضف إلى ذلك ما هو معروف ومتفق عليه من أن الذمم تختلف.

وقالوا: الخبر محمول على الاستحباب؛ لما فيه من الإعانة على قضاء الحق، وهذا قول القاضى أبى الطيب، وبه جزم الرافعى، وفى الحاوى: أنه محمول على الإباحة؛ لأنه وارد بعد حظر، وهو نهيه - ﷺ - عن بيع الدين بالدين[1].

وأما رضا المحال عليه إذا كان عليه حق للمحيل، فهل يعتبر فى صحة الحوالة رضاه؟

فيه وجهان:

أحدهما - وهو قول أبى سعيد الإصطخرى، وأبى عبد الله الزبيرى، وأبى حفص ابن الوكيل، وبه أخذ المزنى، وقال أبو العباس بن القاص - إن الشافعى قد نص عليه فى الإملاء -: أن الحوالة لا تصح إلا برضاه، وهو قول الزهرى، وظاهر مذهب أبى حنيفة - رحمه الله -؛ لأنه أحد من تتم به الحوالة، فاعتبر رضاه، كالمحيل والمحتال.

ولأنه قد يكون أسهل من المحيل:

ولأن الدين يتعلق بالذمة أصلًا، وبالرهن فرعًا، فلما لم يكن لصاحب الدين أن يولى الرهن إلى غيره، فأولى ألا يكون له أن يولى الدين إلى غيره.

والثانى - وهو المذهب -: أن الحوالة تصح من غير رضا المحال عليه؛ لأن المحيل أقام المحتال مقامه فى القبض، فلم يعتبر رضا من عليه الحق؛ كما لو وكل من له الحق وكيلًا فى القبض، فإنه لا يعتبر رضا من عليه الحق، ويفارق المحتال، فإنه ينقل حقه عنه، ويبرئ ذمته منه.

ولأنها تصرف فى مملوك، فلا يعتبر فيه رضا المملوك عليه؛ كالتصرف فى رق العبد بالبيع وغيره.

وقولنا: «فى مملوك» احترزنا به عن النكاح؛ فإنا نعتبر فيه رضا المنكوحة؛ لأنه

---

(١) تقدم. وينظر كفاية النبيه خ .

ليس بمملوك للزوج، وقد صار إلى هذا أبو العباس بن سريج، وأبو إسحاق المروزى، وأبو على بن أبى هريرة[(١)].

وبه قال مالك وأحمد، وذكر ابن الرفعة: أنه هو الذى نص عليه الشافعى فى المختصر؛ لقوله - ﷺ -: «وإذا أتبع أحدكم على ملىء؛ فليتبع»، ولم يعتبر فيه رضا المحال عليه.

وقد أجاب القائلون بهذا على القائلين بالوجه الأول بأنهم حملوا نصه فى الإملاء على ما إذا لم يكن على المحال عليه دين.

وأجابوا عن القياس على المحيل والمحتال: بأنهما كالمتبايعين، بخلاف المحال عليه؛ فإنه كالعبد المبيع.

وعن الرهن: بأن المرتهن ليس مالكًا للرهن؛ فلذلك لم يكن له نقله بخلاف الدين[(٢)].

وعن قولهم: إن المحال عليه قد يكون أسهل من المحيل، بأن هذا يبطل بالتوكيل؛ إذ قد يكون الوكيل أسهل أو أصعب من الموكل، ولا أثر لذلك.

وقد بنى صاحب التهذيب هذا الخلاف على الخلاف السابق فى أن الحوالة معاوضة أو استيفاء.

فإن قلنا بأنها معاوضة، لم تفتقر إلى رضاه وهو الأصح، وإن قلنا: إنها استيفاء، فلابد من رضاه؛ لأنه لا يمكن إقراضه إلا برضاه[(٣)].

وقد بنى صاحب التهذيب هذا الخلاف على الخلاف السابق فى أن الحوالة معاوضة أو استيفاء، فإن قلنا بأنها معاوضة، لم تفتقر إلى رضاه وهو الأصح، وإن قلنا: إنها استيفاء، فلابد من رضاه؛ لأنه لا يمكن إقراضه إلا برضاه.

واعلم أن عدول الشيخ وغيره من المصنفين عن لفظ الإيجاب والقبول إلى اعتبار الرضا المستلزم للإيجاب والقبول؛ لعدم الاطلاع عليه؛ لأنه الأصل المعتبر فى العقود، ولا يقال لمن اعتبر الأصل: لما اعتبرته؟ نعم: يقال ذلك لمن اعتبر الفرع، وعدل عن الأصل.

---

(١) ينظر روضة الطالبين (٤/٢٢٩).

(٢) ينظر كفاية النبيه خ.

(٣) ينظر تتمة الإبانة خ وبحر المذهب خ.

ثم كيفية الإيجاب والقبول الذى استلزمه الرضا: أن يقول المحيل: «أحلتك على فلان»، فيقول: «قبلت»، كما هو المفهوم من إطلاق الشيخ الحوالة.

ويقوم مقام ذلك كما حكاه ابن أبى الدم الحموى فى أدب القضاء قول المحيل: «نقلت حقك الذى فى ذمتى إلى ذمة فلان»، أو «جعلت ما أستحقه على فلان لك بما لك على»، أو «ملكتك ما فى ذمة فلان بما لك فى ذمتى».

وهل تنعقد بلفظ البيع؟ قال: إن فيه خلافا مشهورًا.

وفى الجيلى: أن أبا الفياض حكى عن الشافعى أنه قال: لابد من الإيجاب أن يقوم المحتال: «قبلت الحوالة وأبرأتك من حقى»، قال ابن الرفعة: وقد حكيت قريبًا منه فى أول كتاب البيع، ويجرى الخلاف المذكور فى انعقاد البيع بالاستيجاب والإيجاب هاهنا.

وفى الرافعى: فى الجرجانيات لأبى العباس الرويانى طريقة أخرى قاطعة بالانعقاد؛ لأن الحوالة أجيزت رفقًا بالناس؛ فيتسامح فيها بما لا يتسامح فى غيرها.

قال المصنف - رحمه الله تعالى -:

(فصل) إذا أحال بالدين انتقل الحق إلى المحال عليه، وبرئت ذمة المحيل؛ لأن الحوالة إما أن تكون تحويل حق، أو بيع حق، وأيهما كان، وجب أن تبرأ به ذمة المحيل.

(فصل) ولا يجوز شرط الخيار فيه؛ لأنه لم يبن على المغابنة، فلا يثبت فيه خيار الشرط، وفى خيار المجلس وجهان:

أحدهما: يثبت؛ لأنه بيع، فيثبت فيه خيار المجلس؛ كالصلح.

والثانى: لا يثبت؛ لأنه يجرى مجرى الإبراء، ولهذا لا يجوز بلفظ البيع، فلم يثبت فيه خيار المجلس.

(فصل) وإن أحاله على ملىء، فأفلس، أو جحد الحق، وحلف عليه؛ لم يرجع إلى المحيل؛ لأنه انتقل حقه إلى مال يملك بيعه، فسقط حقه من الرجوع؛ كما لو أخذنا بالدين سلعةً، ثم تلفت بعد القبض.

وإن أحاله على رجل بشرط أنه ملىء، فبان أنه معسر، فقد ذكر المزنى: أنه لا خيار له، وأنكر أبو العباس هذا وقال: له الخيار؛ لأنه غره بالشرط، فثبت له الخيار، كما لو باعه عبدًا بشرط أنه كاتب، ثم بان أنه ليس بكاتب.

وقال عامة أصحابنا: لا خيار له؛ لأن الإعسار نقص، فلو ثبت به الخيار، لثبت من غير شرط؛ كالعيب فى المبيع، ويخالف الكتابة، فإن عدم الكتابة ليس بنقص، وإنما هو عدم فضيلة، فاختلف الأمر فيه بين أن يشرط، وبين ألَّا يشرط.

(الشرح) قوله: «لم يُبْنَ على المُغَابَنَةِ»[1]، هى: مفاعلة من الغبن، والغبن بالتسكين: فى البيع، والغبن بالتحريك: فى الرأى. يقال: غبنته فى البيع بالفتح، أى: خدعته، وقد غُبِنَ فهو مغبون. وغبن رأيه - بالكسر: إذا نُقِصَ فهو غَبِينٌ، أى: ضعيف الرأى، وفيه غبانة[2].

الأحكام: إذا أحال بالحق، انتقل الدين من ذمة المحيل إلى ذمة المحال عليه، وبرئت ذمة المحيل، وهو قول كافة العلماء.

وقال الماوردى: هو إجماع.

وقال زفر - كما فى تعليق القاضى أبى الطيب، وغيره -: لا ينتقل الحق من ذمة المحيل، وإنما يكون له مطالبة أيهما شاء، كالضمان.

وهذا ليس بصحيح؛ لأن الحوالة مشتقة من تحويل الحق، بخلاف الضمان فإنه مشتق من ضم ذمة إلى ذمة أخرى؛ فلذلك تعلق الحق بذمة الضامن وذمة المضمون عنه، فيجب أن يعطى كل لفظ ما يقتضيه.

إذا ثبت: أن الحق انتقل من ذمة المحيل إلى ذمة المحال عليه، فإن الحق لا يعود إلى ذمة المحيل بإفلاس المحال عليه، ولا بموته، ولا بجحوده ويمينه:

وبه قال مالك، والليث، وأحمد.

وروى ذلك عن على بن أبى طالب، كرم الله وجهه.

وقال أبو حنيفة: يرجع إليه فى حالين:

إذا مات المحال عليه مفلسًا.

وإذا جحد الحق وحلف عليه عند الحاكم، وهى رواية لابن القاسم، وأشهب عن مالك.

وعن أحمد ما يدل على أنه إذا كان المحال عليه مفلسًا، ولم يعلم المحتال بذلك

---

(١) ينظر: النظم «١/ ٢٧٦» .
(٢) ينظر: الصحاح والمصباح (غبن) .

فله الرجوع، إلا أن يرضى به بعد العلم، وبه قال جماعة كشريح والشعبى، وعثمان البتى.

وقال محمد، وأبو يوسف: يرجع إليه فى هذين الحالين، وفى حال ثالثة: إذا أفلس المحال عليه وحُجر عليه.

واحتجا بما روى عن عثمان أنه قال: يرجع صاحبها لا توى - أى: لا هلاك - على مال مسلم.

واحتج لأبى حنيفة بأنه نقل حقه من ذمة إلى غيرها، فإذا لم يسلم له ما نقل إليه، كان له الرجوع بحقه؛ كما لو أخذ عن دينه عينًا، وتلفت فى يد من عليه الحق[1].

وقال الحكم بن عتيبة مولى كندة: يرجع إليه فى حالة واحدة: إذا مات المحال عليه مفلسًا، وأيس من الوصول إلى حقه.

دليلنا: قوله ﷺ: «مَطلُ الغنى ظلم، وإذا أتبع أحدكم على ملىء، فليتبع».

قال الشافعى: فلما ندب المحتال إلى إتباع المحال عليه، بشرط أن يكون المحال عليه مليئًا، علم أن الحق يتحول عن المحيل إلى ذمة المحال عليه تحولًا يمنع المحتال من الرجوع إلى المُحيل؛ إذ لو كان له الرجوع إليه، لم يكن بفقد هذا الشرط عليه ضرر.

قال أصحابنا: ولأن عموم الخبر يدل على: أنه يتبع أبدًا وإن مات مفلسًا، أو جحده فحلف.

وروى: أن أبا سعيد بن المسيب كان له على على بن أبى طالب - كرم الله وجهه - حق، فسأله أن يحيله به على رجل، فأحاله به عليه، فمات المحال عليه، فعاد أبو سعيد يسأل عليا حقه، فقال له على: «اخترت علينا غيرنا، أبعدك الله» فثبت أنه إجماع؛ لأنه لم ينكر على على أحد من الصحابة.

ولأنه لا يخلو: إما أن يكون بالحوالة سقط حقه من ذمة المحيل، أو لم يسقط، فإن لم يسقط حقه عنه، كان له الرجوع عليه، سواءٌ مات المحال عليه، أو لم يمت، وسواءٌ أفلس، أو لم يفلس، وإن كان قد سقط حقه عنه، فكيف يرجع بالإعسار والجحود؟! لأن الحوالة كالقبض للحق؛ فلم يرجع على المحيل، كما لو قبض عن

(١) ينظر البدائع (٦/١٨)، والشامل خ .

حقه عوضًا، فتلف فى يده.

ولأن الحوالة براءة من دين ليس فيها قبض ممن عليه، ولا ممن يدفع عنه؛ فلا يكون فيها رجوع إليه، كما لو أبرأه من الدين[١].

فأما ما روى عن عثمان - رضى الله عنه - فقد روى فيه: قال: «فى حوالة أو كفالة»[٢] وهذا يوجب التوقف.

وأما القياس على العين، فلا يشبه مسألتنا؛ لأن فى ذلك «قبضًا» يقف استقرار العقد عليه وهاهنا الحوالة بمنزلة العوض من المقبوض، وإلا كان بيع دين بدين»[٣].

فصل: ولا يثبت فى الحوالة خيار الشرطُ لأنها إما بيع دين بدين، وهو لا يدخله الخيارُ أو استيفاء حق، واستيفاء الحقوق لا خيار فيه[٤].

ولا يثبت فيها - أيضًا - خيار المجلس؛ لأنه عقد لا يثبت فيه خيار الشرط؛ لأجل القبض؛ فلم يثبت فيه خيار المجلس؛ كالنكاح وقيل: يثبت فى عقد الحوالة خيار المجلس؛ لما فيه من شائبة المعاوضات، وقد بنى البندنيجى الوجهين فيه على الخلاف فى أنها بيع أو استيفاء؛ فقال: إن قلنا: إنها استيفاء، فلا يثبت، وإلا ثبت[٥] ومقتضى هذا أن يكون الصحيح الثبوت، والذى حكاه الإمام، والرافعى أن الصحيح مقابله[٦]؛ ولذلك جعله القاضى الحسين المذهب[٧] والمذكور فى الحاوى بناء الوجهين على الوجهين فى أنها بيع عين بدين، أو بيع دين بدين؛ فإن قلنا بالأول ثبت، وإلا فلا.

قال ابن الرفعة: وقد أجرى القاضى الحسين هاهنا، والشيخ أبو محمد - على ما حكاه الإمام فى باب الخيار - وجه الثبوت فى خيار المجلس فى خيار الشرط،

---

(١) ينظر فتح العزيز (١٠/ ٣٤٤)، وشرح مختصر المزنى خ .
(٢) ينظر السنن الكبرى للبيهقى ٦/ ٧١ كتاب الحوالة باب من قال يرجع على المحيل لا توى على مال مسلم .
(٣) ينظر الشامل خ .
(٤) ينظر تحفة النبيه خ، والموضح للتنبيه خ .
(٥) ينظر البحر المحيط شرح الوسيط خ .
(٦) ينظر فتح العزيز (١٠/ ٣٤٥)، ونهاية المطلب خ .
(٧) ينظر مغنى المحتاج (٢/ ١٩٥)، وتوضيح التنبيه خ .

وقال: إنه الوجه؛ إن لم يكن من الخيار بد.

فرع: لو احتال على شخص بشرط أن يعطيه المحال عليه بالحق رهنًا.

حكى الماوردى فى أواخر كتاب الرهن فى صحة ذلك وجهين، وأنهما مبنيان على أنها بيع أو عقد إرفاق.

فإن قلنا: إنها بيع جاز، وإلا فالشرط باطل، وفى بطلان الحوالة وجهان.

وقال هاهنا: إن الخلاف مبنى على أنها بيع عين بدين أو بيع دين بدين؛ فإن قلنا بالأول، صح اشتراط الرهن.

وإن قلنا بالثانى: فلا يصح[1].

وكذا الخلاف يجرى فيما لو شرط أن يكون به ضامن فيجوز على القول بأنها بيع، ويمنع على القول بأنها استيفاء[2].

فرع: «لو شرط ألا تبرأ ذمته من المال المحال به حتى يقبضه، وقد أحاله على من له عليه دين، فهل تصح هذه الحوالة؟

فيه وجهان فى الاستقصاء؛ كالوجهين فى صحة اشتراط الضمان بمال الحوالة[3].

فرع: إذا كان عليه دين لرجل، فأحاله على من له عليه دين، ثم إن المحيل قضى المحتال، صح القضاء، ولا يرجع المحيل على المحال عليه بشىء إذا قضى بغير إذنه وقال أبو حنيفة وأصحابه: يكون له الرجوع عليه.

دليلنا: أن الحوالة قد صحت، وإنما تبرع بالقضاء عنه، فلم يرجع عليه بشىء؛ ولأنه لا يملك إبطال الحوالة؛ فكان بدفعه متبرعًا، كما لو قضى عنه أجنبى.

فرع: وإن أحال على رجل، ولم يشترط أنه ملىء، ولم يعلم إعساره، فبان أنه مُعسر، لم يرجع المحتال على المحيل، سواء علم بإعساره أو لم يعلم. وبه قال أبو حنيفة وقال مالك: إذا لم يعلم بإعساره، كان له الرجوع على المحيل؛ لأن الظاهر سلامة الذمة، فإذا كانت معيبة ثبت الخيار؛ كما لو كان المبيع معيبًا.

دليلنا: أن الإعسار لو حدث بعد الحوالة، وقبل القبض، لم يثبت للمحتال

---

(١) ينظر أسنى المطالب (٢/ ٢٣٢)، ومغنى المحتاج (٢/ ١٩٥)، بحر المذهب خ .
(٢) ينظر نهاية المطلب خ، وكفاية النبيه خ .
(٣) ينظر كفاية النبيه خ .

الخيار، فكذلك إذا ثبت أنه معسر حال العقد.

ويفارق العيب؛ لأنه إذا حدث أثبت الخيار؛ ولأنا لا نسلم أن الظاهر ما ذكره، بل الإعسار هو الأصل، بخلاف المبيع.

وأما إذا أحاله على رجل بشرط أنه ملىء:

قال الشيخ أبو حامد: فإن قال: أحلتك على فلان المُوسِر، أو فلان، وهو موسر، فقبل الحوالة، ثم بان أنه معسر، فقد روى المزنى عن الشافعى: أن المحتال لا يرجع على المحيل أبدًا، سواء كان المحال عليه غنيًا أو فقيرًا، أفلس أو مات معدمًا، غره أو لم يغره.

واختلف أصحابنا فيه:

فقال أبو العباس: له أن يرجع على المحيل؛ كما لو باعه سلعة بشرط أنها سليمة من العيب، فبانت بخلافها.

قال: وما نقله المزنى، فلا أعرفه للشافعى فى شىء من كتبه: وهذا اختيار الشيخ أبى حامد، كما ذكره ابن الصباغ، وذكره - أيضًا - ابن الرفعة من حكاية البندنيجى وفى النهاية حكاية وجه: أنه يثبت له الخيار وإن لم يشترط ملاءته؛ فإن ذلك بمنزلة العيب القديم، وجعل هذا الخلاف يقرب من الخلاف فى أن الحوالة: هل يلحقها خيار المجلس والشرط؟ وهذا ما رجحه الغزالي[1].

وقال أكثر أصحابنا: ليس له أن يرجع عليه، كما نقله المزنى؛ لأن الإعسار لو كان عيبًا فى الحوالة، لثبت له فيه الخيار من غير شرط؛ كالعيب فى المبيع، أو بعبارة أخرى: أن الإعسار لا ترد به الحوالة؛ إذا لم تكن بشرط الملاءة مع كونه نقصًا، ولو ثبت ذلك بالشرط لثبت بغير شرط.

ولأن التفريط فى البيع من جهة البائع، حيث لم يبين العيب فى سلعته، فإذا لم يبين، ثبت للمشترى الخيار، والتفريط هاهنا من جهة المحتال، حيث لم يختبر حال المحال عليه.

ولأن نفس السلعة حق للمشترى، فإذا وجدها ناقصة، كان له الرجوع إلى الثمن، وليس كذلك ذمة المحال عليه؛ لأنها ليست نفس حق المحتال، وإنما هى محل

---

(١) ينظر الوجيز (١/ ١٨٢)، وفتح العزيز (١٠/ ٣٤٥)، وكفاية النبيه خ .

لحقه، فوجود الإعسار بذمة المحال عليه ليس بنقصان فى حقه، وإنما يتأخر حقه؛ ألا ترى أنه قد يتوصل إلى حقه من هذه الذمة الخربة بأن يوسر، أو يستدين، فيقضيه حقه، بخلاف المبيع إذا وجده معيبًا؟

ولأن الإعسار لو حدث لم يثبت له فسخ الحوالة، بخلاف النقص الحادث فى المبيع، وكذلك عدم الشرط.

ولأن الإعسار يثبت به فسخ البيع بغير شرط، ولا يثبت مثل ذلك فى الحوالة فاختلفا[١].

فرع: لو شرط فى الحوالة الرجوع على المحيل بتقدير الإفلاس والجحود، ففى صحة الحوالة وجهان، وإن صحت، ففى صحة الشرط وجهان، حكاهما ابن كج[٢].

فرع: لو بان المحال عليه عبدًا، نظر: إن كان عبدًا لأجنبى، فإن قلنا: للمحتال الخيار عند إفلاس المحال عليه، فههنا أولى[٣].

وإن لم يثبت له ثم، فههنا وجهان؛ إذ طريان العتق ليس مما يعد من ميسور الأمور، بخلاف اليسار.

وإن كان للمحيل، ففى الاستقصاء: أنه إن كان مأذونًا له صحت، ولا يبرأ السيد حتى يعطيه العبد ما فى يده؛ لأنه بمنزلة الإذن له فى القبض من وكيله، وإن لم يكن مأذونًا فوجهان:

أصحهما: أنه لا يصح؛ لأنه لا يتم إلا برضا السيد، فهو كما لو أحال على نفسه.

والثانى: يصح برضا السيد، ويكون ضامنًا، وما قاله محمول على ما إذا لم يكن له عليه دين، وسنذكر تصوير ما إذا كان له عليه دين[٤].

وفى النهاية: أن صاحب التقريب قال: إن كان العبد كسوبًا تعلق الدين بكسبه، وإن لم يكن كسوبًا فبذمته[٥].

---

(١) ينظر الشامل خ .
(٢) ينظر فتح العزيز (١٠/ ٣٤٤)، وروضة الطالبين (٤/ ٢٣٢) .
(٣) ينظر فتح العزيز (١٠/ ٣٤٥) .
(٤) ينظر فتح العزيز (١٠/ ٣٤٥)، وروضة الطالبين (٤/ ٢٣٢، ٢٣٣) .
(٥) ينظر نهاية المطلب خ .

قال الإمام: وهذا خطأ، والوجه أن يقال: العبد لا يتصور أن يكون للسيد عليه دين يتعلق بذمته أو كسبه إلا فيما إذا ملكه وله عليه دين على وجه، فإن لم يكن كذلك، فالحوالة باطلة إن لم نجوز الحوالة على من لا دين عليه، وإن جوزناها فهى ضمان وإن كان له عليه دين، وقلنا: لا يسقط، فأحاله به صحت الحوالة، وكان كما لو كان لأجنبي(١).

قال المصنف - رحمه الله تعالى -:

(فصل) وإن اشترى رجل من رجل شيئًا بألف، وأحال المشترى البائع على رجل بالألف، ثم وجد بالمبيع عيبًا، فرده، فقد اختلف أصحابنا فيه:

فقال أبو على الطبرى: لا تبطل الحوالة، فيطالب البائع المحال عليه بالمال، ويرجع المشترى على البائع بالثمن؛ لأنه تصرف فى أحد عوضى البيع، فلا يبطل بالرد بالعيب؛ كما لو اشترى عبدًا بثوب، وقبضه وباعه، ثم وجد البائع بالثوب عيبًا؛ فرده.

وقال أبو إسحاق: تبطل الحوالة - وهو الذى ذكره المزنى (فى المختصر) - فلا يجوز للبائع مطالبة المحال عليه؛ لأن الحوالة وقعت بالثمن، فإذا فسخ البيع، خرج المحال به عن أن يكون ثمنًا، فإذا خرج عن أن يكون ثمنًا، ولم يتعلق به حق غيرهما؛ وجب أن تبطل الحوالة.

ويخالف هذا إذا اشترى عبدًا، وقبضه وباعه؛ لأن العبد تعلق به حق غير المتبايعين، وهو المشترى الثانى، فلم يمكن إبطاله، والحوالة لم يتعلق بها حق غيرهما، فوجب إبطالها.

وإن أحال الزوج زوجته بالمهر على رجل، ثم ارتدت المرأة قبل الدخول، ففى الحوالة وجهان؛ بناءً على المسألة قبلها.

وإن أحال البائع رجلًا على المشترى بالألف، ثم رد المشترى المبيع بالعيب؛ لم تبطل الحوالة وجهًا واحدًا؛ لأنه تعلق بالحوالة حق غير المتعاقدين، وهو الأجنبى المحتال، فلم يجز إبطالها.

(الشرح) الأحكام: وإن اشترى رجل من رجل عبدًا، أو غير ذلك من الأعيان

---

(١) ينظر فتح العزيز (١٠/ ٣٤٥)، وروضة الطالبين (٤/ ٢٣٢)، وكفاية النبيه خ .

بألف، ثم أحال المشترى البائع بالألف على رجل عليه للمشترى ألف، وقبل البائع الحوالة، ثم وجد المشترى بالعبد عيبًا، فرده: فإن رده بعد أن قبض البائع مال الحوالة، انفسخ البيع، ولم تبطل الحوالة بلا خلاف على المذهب، بل قد برئت ذمة المحال عليه، ويرجع المشترى على البائع بالثمن.

وإن رده قبل قبض البائع مال الحوالة، فقد ذكر المزنى فى «المختصر»: أن الحوالة باطلة، ويعود حق المشترى إلى ذمة المحال عليه.

وقال فى «الجامع الكبير»: الحوالة ثابتة وإن كان الرد فى مدة الخيار فالحوالة باطلة، واختلف أصحابنا فيها على أربع طرق:

فالطريق الأولى: فقال أبو إسحاق، وأبو على بن أبى هريرة: تبطل الحوالة، كما ذكر فى «المختصر» ؛ لأن الحوالة وقعت بالثمن، فإذا رد العبد بالعيب، انفسخ البيع، وسقط الثمن، فبطلت الحوالة.

وقال القاضى أبو حامد: نظرت فى نسخ من الجامع الكبير، فلم أجد فيه خلاف ما ذكره ههنا، يعنى: فى المختصر.

وقال ابن الرفعة حكاية عن الماوردى: إن هذا هو الذى قال به أكثر أصحابنا.

فعلى هذا ليس له قبض المال، ولو قبضه لم يقع عنه. وفى وقوعه عن المحيل وجهان عن الشيخ أبى محمد، وأصحهما: لا[1].

والطريق الثانية: قال أبو على الطبرى فى الإفصاح: لا تبطل الحوالة، كما ذكر فى «الجامع الكبير» ؛ لأن الحوالة كالقبض، فلم تبطل برد المبيع، كما لو قبض المحتال مال الحوالة، ثم وجد المشترى بالعبد عيبًا، فرده؛ ولأن المبتاع دفع إلى البائع بدل ماله فى ذمته، وعاوضه بما فى ذمة المحال عليه، فإذا انفسخ العقد الأول، لم ينفسخ الثانى؛ كما لو أعطاه بالثمن ثوبًا، وسلمه إليه، ثم وجد بالعبد عيبًا، فرده، فإن العقد لا ينفسخ فى الثوب.

«واحمل أبو على ما حكى عن المزنى فى المختصر على الخطأ، وتابعه على الجزم به ابن الحداد، والأكثرون من أصحابنا، كما قاله القاضى فى شرح الفروع، وقال: إنه الصحيح»[2]

(١) ينظر الكفاية خ .
(٢) ينظر الكفاية خ .

وقد أجاب القاضى أبو حامد عن هذه المسألة التى ذكرها أبو على: بأن الثوب ملكه بعقد آخر، وليس كذلك ههنا فإن نفس الحق تحول إلى ذمة المحال عليه؛ ولهذا لا يجوز أن يختلف ما فى ذمة المحيل والمحال عليه.

وقال القاضى أبو الطيب: لا نسلم هذه المسألة - أيضًا - فإنه إذا فسخ العقد، وجب رد الثوب الذى أخذه بدلًا من الثمن[1] فإن قيل: أليس قد قال الشافعى - رضى الله عنه -: إذا باع عبدًا بثوب، ثم سلم العبد، وتصرف المشترى فيه، ثم وجد بالثوب عيبًا، فإنه يرده، ولا يبطل التصرف فى العبد؟ فالجواب: أن العبد تعلق به حق لغير المتعاقدين، فلم يكن لهما إبطاله، وهاهنا لم يخرج الحق عنهما؛ فلهذا إذا فسخ البيع بطلت الحوالة[2].

فإن قيل: فقد كان المحال عليه برئت ذمته من المحيل.

قيل: الحق فى ذمته لا يتعين للمحيل، ولا للمحتال، ولهذا لم تفتقر الحوالة إلى رضاه[3].

والطريق الثالثة: منهم من قال: هى على حالين:

فحيث قال: «الحوالة باطلة» أراد: إذا رد العبد قبل أن يقبض البائع مال الحوالة.

حيث قال: «الحوالة لا تبطل» أراد: إذا رد العبد بعد أن يقبض البائع مال الحوالة.

والطريق الرابعة: منهم من قال: بل هى على حالين آخرين:

فحيث قال: «تبطل الحوالة» أراد: إذا ادعى المشترى وجود العيب، وعزاه إلى حال العقد، فصدقه البائع؛ لأن الحوالة تمت بهما جميعًا، فانحلت بهما.

حيث قال: «لا تبطل» أراد: إذا ادعى المشترى أن العيب كان موجودًا حال العقد، وقال البائع: بل حدث فى يدك. وكان مما يمكن حدوثه، فلم يحلف البائع، وحلف المشترى، فإن الحوالة لا تنفسخ؛ لأن الحوالة تمت بهما، فلا تنفسخ بأحدهما.

قال ابن الصباغ: وهذا فيه نظر؛ لأنه إذا استحق الرد باليمين مع النكول، كان

---

(١) ينظر شرح مختصر المزنى خ .

(٢) ينظر حاشية الرملى على أسنى المطالب (٢/ ٢٣٢) .

(٣) ينظر الشامل خ .

بمنزلة إقراره.

هذا ما ذكره صاحبا البيان والشامل فى المسألة. وذكر ابن الرفعة: فى النهاية: أن الجمهور جعلوا إطلاق النقلين من المزنى قولين، وبنوهما على أن الحوالة استيفاء أو معاوضة، فإن قلنا: إنها استيفاء، انفسخت الحوالة؛ لأنها على هذا التقدير نوع إرفاق، ومسامحة، فإذا بطل الأصل بطلت هيئة الإرفاق التابعة له، كما إذا اشترى شيئًا بدراهم مكسرة، وتطوع بأداء الصحيح، ثم رده بالعيب، فإنه يسترجع الصحاح.

وإن قلنا: إنها اعتياض، لم تبطل؛ كما لو استبدل عنه عينًا، ثم رد المبيع بالعيب، فإنه لا يسترد العين(١).

على أن القاضى أبا الطيب، والرويانى منعا الحكم فى هذه المسألة، وجعلاها كمسألة الحوالة(٢)، والذى رجحه القاضى ابن كج والغزالى من القولين قول الانفساخ(٣) . . . وفى الحاوى تخصيص محل القولين فى انفساخ الحوالة بما إذا وقع الرد بالعيب بحكم الحاكم، ووافق المحتال على أن ما وقعت الحوالة به هو الثمن، أما إذا لم يوافق على ذلك أو وافق ووقع فسخ البيع بينهما من غير حاكم؛ فلا تبطل الحوالة وجهًا واحدًا.

وحكم الفسخ بسبب الإقالة، أو التخالف، وغيرهما حكم الفسخ بالعيب(٤).

وعلى رأى الماوردى ينبغى ألا يجرى فى الإقالة، كما إذا توافقا على الرد بالعيب من غير حاكم من طريق الأولى(٥).

هذا إذا كان الرد بعد مدة الخيار، فأما إذا كان الرد فى مدة الخيار: فإن البيع ينفسخ، والحوالة تبطل، وجهًا واحدًا، سواء كان قبل القبض، أو بعده؛ لأن البيع لا يلزم قبل انقضاء الخيار، وإذا لم يلزم البيع، لم تلزم الحوالة؛ لأنها متعلقة بالثمن. هكذا ذكر الشيخ أبو حامد، وهذا يدل من قوله: إن الحوالة بالثمن فى مدة

---

(١) ينظر حاشية الرملى (٢/ ٢٣٢)، وتحفة النبيه خ، وتتمة الإبانة خ .
(٢) ينظر شرح مختصر المزنى خ .
(٣) ينظر الوجيز (١/ ١٨٢)، الوسيط ص (٥٢٥)، فتح العزيز (١٠/ ٣٤٦) .
(٤) ينظر مغنى المحتاج (٢/ ١٩٦) .
(٥) ينظر كفاية النبيه خ .

الخيار تصح. وقد مضى فيها وجهان.

فرع: وإن أحال الزوج زوجته بالمهر، ثم ارتدت قبل الدخول، أو وجد أحدهما بالآخر عيبا، ففسخ النكاح، فإن كان ذلك بعد أن قبضت المرأة مال الحوالة، لم تبطل الحوالة وإن كان ذلك قبل القبض، فعلى الخلاف المذكور فى البيع.

وقد أجرى البعض هذا الخلاف فيما إذا طلق الزوج قبل الدخول قال ابن الرفعة: ومنهم من جعل الخلاف فى ذلك مرتبا على الخلاف فى غيره، وأولى بعدم الانفساخ، وهو ما جزم به ابن الحداد.

والفرق أن الطلاق سبب حادث لا استناد له إلى ما تقدم بخلاف الفسخ، ولأن الصداق أثبت من غيره، لذلك لو زاد زيادة متصلة، لم يرجع فى نصفه إلا برضاها، بخلاف ما إذا كانت فى المبيع[1].

فرع: وإن أحال البائع رجلًا بالثمن على المشترى ثم وجد المشترى بالمبيع عيبا، فرده، لم تنفسخ الحوالة، وجها واحدا بإجماع أصحابنا - كما ذكره ابن الصباغ - والفرق بين هذه المسألة والمسألة قبلها: أن هاهنا تعلق بالحوالة، حق غير المتعاقدين وهو الأجنبى المحتال، فلم يبطل حقه بغير رضاه، بخلاف المسألة السابقة؛ فإن المحال عليه لاحق له فى الحوالة، وقد بيناه وهكذا لو أحالت الزوجة بمهرها على الزوج رجلًا، ثم ارتدت قبل الدخول، لم تبطل الحوالة؛ لأنه تعلق بالحوالة حق أجنبى، وهو المحتال، فلا تبطل من غير رضاه.

قال المصنف - رحمه الله تعالى -:

(فصل) وإن أحال البائع على المشترى رجلًا بألف، ثم اتفقا على أن العبد كان حرًا، فإن كذبهما المحتال؛ لم تبطل الحوالة، كما لو اشترى عبدًا وباعه، ثم اتفق البائع والمشترى أنه كان حرًا، فإن أقاما على ذلك بينة، لم تسمع؛ لأنهما كذبا البينة بدخولهما فى البيع، وإن صدقهما المحتال، بطلت الحوالة؛ لأنه ثبتت الحرية وسقط الثمن، فبطلت الحوالة.

(الشرح) الأحكام: لو اشترى رجل من رجل عبدًا بألف، ثم أحال البائع رجلًا له عليه ألف على المشترى، ثم تصادق البائع والمشترى: أن العبد كان حرًا وقت

---

(١) ينظر فتح العزيز (١٠/٣٤٩)، ونهاية المطلب خ، وكفاية النبيه خ .

البيع، فإن صدقهما المحتال على حرية العبد وقت البيع، وأن الحوالة وقعت بالثمن - حكم ببطلان الحوالة، وكان للمحتال أن يطالب البائع بما له عليه؛ لأن الحوالة وقعت بالثمن وقد صدقهما أنه لا ثمن للبائع على المشترى.

وإن صدقهما المحتال وادعى أن الحوالة بغير ثمن العبد، فالقول قوله مع يمينه؛ لأن الأصل صحة الحوالة، وهما يدعيان ما يفسدها، فكانت «حجته» أقوى[1].

فإن أقاما البينة بأن الحوالة كانت بالثمن، سمعت البينة فى ذلك؛ لأنهما لم يكذباها، أى بإقدامهما على بيع العبد؛ لأن إقدامهما على بيعه يعتبر إقرار منهما برقه[2].

وإن كذبهما المحتال، ولم يكن هناك بينة، فالقول قول المحتال مع يمينه؛ لأن الحوالة تمت بالمحيل والمحتل، فلا تنحل إلا بهما، كما أن البيع لما تم بالبائع والمشترى، لا ينفسخ البيع إلا بهما؛ ولأنه قد تعلق بالثمن حق غير المتبايعين، فلا يبطل حقه بقول المتبايعين، كما لو اشترى عبدًا، فقبضه، وباعه من آخر، ثم اتفق المتبايعان الأولان أن العبد كان حرًا، فإنهما لا يقبلان على المبتاع الثانى، فإذا حلف المحتال، قبض المال من المشترى، وهل يرجع المشترى على البائع بذلك؟ فيه وجهان:

قال صاحب «الفروع»: يرجع عليه؛ لأن المشترى قضى عن البائع دينه بإذنه، فرجع عليه.

قال الطبرى فى «العدة»: لا يرجع عليه؛ لأن المشترى يقر أن المحتال ظلمه بأخذ ذلك منه؛ فلا يرجع به على غير من ظلمه.

وإن أقام البائع أو المشترى بينة، فهل تسمع؟ فيه وجهان:

أحدهما -ذكره المصنف -: لا تسمع؛ لأنهما كذبا البينة بدخولهما فى البيع.

والثانى: قال الشيخ أبو حامد، وصاحب «الفروع»: إن شهدت البينة بأن العبد حر الأصل، وأن الحوالة وقعت بالثمن، أو شهدت بأنه حر الأصل، وأقر المحتال بأن الحوالة وقعت بالثمن، بطلت الحوالة؛ لأنه إذا ثبت أنه حر تبينا أنه لم يتعلق

---

(١) ينظر شرح مختصر المزنى خ .
(٢) ينظر الشامل خ .

بذمة المشترى شيء، فحكم ببطلان الحوالة.

وإن أقام العبد بينة بحريته.

قال ابن الصباغ: ثبتت حريته، وبطلت الحوالة. ولم يذكر له وجهًا.

قال العمرانى: والذى يقتضى المذهب: أن الحوالة لا تبطل بذلك؛ لأن العبد يحكم بحريته بتصادق البائع والمشترى، ولا تبطل الحوالة بذلك، فكذلك إذا أقام العبد بينة، ولأن المتبايعين إذا كانا مقرين بحريته، فلا حاجة لنا إلى إقامة البينة، فلا تبطل الحوالة بإقامته للبينة.

وقال ابن الرفعة: «فلو صدق العبد فى دعوى الحرية البائع والمشترى، وكذبهما المحتال: لم تبطل الحوالة، إلا أن تقام بينة عليها[1].

قال الرافعى وغيره: وهذه البينة يتصور أن يقيمها العبد، ويتصوران يبتدىء بها الشهود على سبيل الحسبة.

قال صاحب التهذيب: ولا يتصور أن يقيمها المتبايعان؛ لأنهما كذباها بالدخول فى البيع، وكذلك ذكر الرويانى.

قلت - أى ابن الرفعة -: وفيما قيل من إمكان إقامة البينة من العبد نظر؛ لأن المشترى إذا صدق العبد فى دعوى الحرية عتق، ولا يتوقف عتقه على تصديق المحتال؛ فدعواه عليه غير مسموعة، وبينته من طريق الأولى[2]، وقد وقفت فى تعليق القاضى أبى الطيب[3] على تصوير المسألة بما إذا اشترى عبدًا بألف وقبضه، ثم باعه، وأحال على المشترى الأول - البائع منه بالألف رجلًا، ثم تصادق البائع الأول والمشترى منه على أن العبد حر ولم يصدقهما المشترى الثانى.

فإن كان إطلاق الأصحاب محمولًا على هذه الصورة، فقد اندفع الإشكال؛ فإن العبد والحالة هذه لا يحكم بحريته. والله أعلم.

وللبائع والمشترى عند عدم البينة تحليف المحتال على نفى العلم[4]، فإن حلف بقيت الحوالة فى حقه، وله أخذ المال، وهل يرجع المشترى على البائع المحيل

---

(١) ينظر: روضة الطالبين (٤/ ٢٣٥)، وفتح العزيز (١٠/ ٣٥٠)، وتتمة الإبانة خ .
(٢) ينظر حاشية الجمل على شرح المنهج (٣/ ٣٧٦) .
(٣) ينظر شرح مختصر المزنى خ .
(٤) ينظر مغنى المحتاج (٢/ ١٩٧)، وحاشية الجمل (٣/ ٣٧٦)، وأسنى المطالب (٢/ ٢٣٣) .

بشىء؟

قال فى التهذيب: لا؛ لأنه يقول: ظلمنى المحتال بما أخذ، والمظلوم لا يرجع إلا على من ظلمه.

وقال الشيخ أبو حامد، والقاضى ابن كج، والشيخ أبو على: يرجع؛ لأنه قضى دينه بإذنه؛ فعلى هذا يرجع إذا دفع المال إلى المحتال، وهل يرجع قبله؟ فيه وجهان.

فإن نكل المحيل حلف المشترى. ثم إن جعلنا اليمين كالإقرار، بطلت الحوالة، وإن جعلناها كالبينة، فالحكم كما لو حلف[١].

قلت: وفى هذا - أيضًا - نظر من وجهين:

أحدهما: أن سماع الدعوى من البائع على المحتال بماذا؟ فإنه بعد وقوع الحوالة غير مطالب، ولا له حق بزعمه عند المشترى حتى إذا بطلت الحوالة رجع به.

الثانى: أن تحليف المشترى مع القول بأن يمينه مع النكول كالبينة لا معنى له؛ إذ لا يترتب عليه شىء؛ فينبغى ألا يحلف كما ذكره الأصحاب فى غير هذا الموضع.

وطريق الجواب عن دعوى البائع أن يقال: البائع له إجبار من له عليه حق حال قبضه - على الصحيح - فيحضره إليه، ويدعى عليه استحقاق قبضه بحكم بطلان الحوالة بسبب حرية العبد الذى أحاله بثمنه. والله أعلم. انتهى كلام ابن الرفعة[٢].

قال المصنف - رحمه الله تعالى -:

(فصل) إذا أحال رجل رجلًا، له عليه دين، على رجل له عليه دين، ثم اختلفا؛ فقال المحيل: وكلتك، وقال المحتال: بل أحلتنى - نظرت: فإن اختلفا فى اللفظ، فقال المحيل: وكلتك بلفظ الوكالة، وقال المحتال: بل أحلتنى بلفظ الحوالة - فالقول قول المحيل؛ لأنهما اختلفا فى لفظه، فكان القول فيه قوله.

وإن اتفقا على لفظ الحوالة، ثم اختلفا: فقال المحيل: وكلتك، وقال المحتال: بل أحلتنى؛ ففيه وجهان:

قال أبو العباس: القول قول المحتال؛ لأن اللفظ يشهد له.

---

(١) ينظر مغنى المحتاج (٢/ ١٩٧)، وروضة الطالبين (٤/ ٢٣٥)، وفتح العزيز (١٠/ ٣٥٠).
(٢) ينظر الكفاية خ.

ومن أصحابنا من قال: القول قول المحيل، وهو قول المزنى؛ لأنه يدعى بقاء الحق فى الذمة، والمحتال يدعى انتقال الحق من الذمة، والأصل بقاء الحق فى الذمة.

فإن قلنا بقول أبى العباس وحلف المحتال؛ ثبتت الحوالة، وبرئ المحيل، وثبتت له مطالبة المحال عليه.

وإن قلنا بقول المزنى: فحلف المحيل؛ ثبتت الوكالة، فإن لم يقبض المال، انعزل عن الوكالة بإنكاره، فإن كان قد قبض المال، أخذه المحيل.

وهل يرجع هو على المحيل بدينه؟ فيه وجهان:

أحدهما: لا يرجع؛ لأنه أقر ببراءة ذمته من دينه.

والثانى: له أن يرجع؛ لأنه يقول: إن كنت محتالًا، فقد استرجع منى ما أخذته بحكم الحوالة، وإن كنت وكيلًا فحقى باق فى ذمته، فيجب أن يعطينى.

وإن هلك فى يده، لم يكن للمحيل الرجوع عليه؛ لأنه يقر بأن ماله تلف فى يد وكيله من غير عدوان، وليس للمحتال أن يطالب المحيل بحقه؛ لأنه يقر بأنه استوفى حقه، وتلف عنده.

وإن قال المحيل: أحلتك، وقال المحتال: بل وكلتنى؛ فقد قال أبو العباس: القول قول المحيل؛ لأن اللفظ يشهد له.

وقال المزنى: القول قول المحتال؛ لأنه يدعى بقاء دينه فى ذمة المحيل، والأصل بقاؤه فى ذمته.

فإن قلنا بقول أبى العباس: فحلف المحيل؛ برئ من دين المحتال، وللمحتال مطالبة المحال عليه بالدين؛ لأنه إن كان محتالًا؛ فله مطالبته بمال الحوالة، وإن كان وكيلًا فله المطالبة بحكم الوكالة، فإذا قبض المال صرف إليه؛ لأن المحيل يقول: هو له بحكم الحوالة، والمحتال يقول: هو لى فيما لى عليه، من الدين الذى لم يوصلنى إليه.

وإن قلنا بقول المزنى: وحلف المحتال؛ ثبت أنه وكيل، فإن لم يقبض المال؛ كان له مطالبة المحيل بماله فى ذمته.

وهل يرجع المحيل على المحال عليه بشىء؟ فيه وجهان:

أحدهما: لا يرجع؛ لأنه مقر بأن المال صار للمحتال.

والثاني: يرجع؛ لأنه إن كان وكيلًا فدينه ثابت في ذمة المحال عليه، وإن كان محتالًا، فقد قبض المحتال المال منه ظلمًا، وهو مقر بأن ما في ذمة المحال عليه للمحتال، فكان له قبضه؛ عوضًا عما أخذه منه ظلمًا.

فإن كان قد قبض المال، فإن كان باقيًا، صرف إليه؛ لأنه قبضه بحوالة، فهو له، وإن قبضه بوكالة فله أن يأخذه عما له في ذمة المحيل.

وإن كان تالفًا، نظرت: فإن تلف بتفريط، لزمه ضمانه، وثبت للمحيل عليه مثل ما ثبت له في ذمته فتقاصا.

وإن تلف من غير تفريط، لم يلزمه الضمان؛ لأنه وكيل ويرجع على المحيل بدينه، ويبرأ المحال عليه؛ لأنه إن كان محتالًا، فقد وفاه حقه، وإن كان وكيلًا، فقد دفع إليه.

(الشرح) الأحكام: قال أبو العباس: إذا كان لرجل عند رجل ألف، فقال من له الدين لرجل لا شيء عليه له: أحلتك على فلان بألف - فهذا توكيل منه في القبض، وليس بحوالة؛ لأن الحوالة إنما تكون لمن له حق، ولا حق للمحتال عليه ههنا، فثبت أن ذلك توكيل.

هذا ما حكاه العمراني عن أبي العباس، وحكاه - أيضًا - عنه المتولي، ثم قال: وهذا على طريقة من ينظر إلى المعنى عند استعمال اللفظ في غير موضوعه، أما على طريقة من يعتبر اللفظ، فلا تنعقد وكالة.

وهذا وقد صرح بمثل ما ذكره أبو العباس من انعقادها وكالة صاحب الاستقصاء، وغيره؛ كما ذكره ابن الرفعة في الكفاية.

وإن كان لزيد على عمرو ألف درهم، ولعمرو على خالد ألف درهم، واختلف زيد وعمرو، فقال زيد لعمر، أحلتني بالألف التي عليك لي بالألف التي لك على خالد - بلفظ الحوالة - وقال عمرو: بل وكلتك أن تقبضها لي منه - بلفظ الوكالة - فالقول قول عمرو؛ لأنهما اختلفا في لفظه، وهو أعلم بلفظه. ولأنه قد ثبت استحقاق عمرو للألف في ذمة خالد، وزيد يدعي أن ملكها قد انتقل إليه بالحوالة، والأصل بقاء ملك عمرو عليها، وعدم ملك زيد.

وإن قال عمرو لزيد: أحلتك على خالد بالألف التي لي عليه، فقبل زيد، ثم اختلفا، فقال عمرو: وكلتك لتقبضها لي منه، ومعنى قولي: أحلتك؛ أي سلطتك

عليه.

وقال زيد: بل أحلتنى عليه بدينى الذى لى عليك، فاختلف أصحابنا على وجهين:

فالوجه الأول: قال المزنى: القول قول المحيل، وهو عمرو، وبه قال الشيخ أبو حامد، والطبرى، وأبو إسحاق، وأكثر أصحابنا، وهو قول أبى حنيفة؛ لأنهما قد اتفقا على ملكِ عمرو - وهو المحيل - للألف التى فى ذمة خالد، واختلفا فى انتقالها إلى زيد، وهو المحتال، فكان القول قول عمرو؛ لأن الأصل بقاء ملكه عليها وإن كان الظاهر مع زيد، كما لو كان لرجل عبد فى يد آخر، فادعى من هو فى يده أن مالكه وهبه منه، وقال المالك: بل أعرتكه، فالقول قول المالك؛ وكما لو كانت دار فى يد رجل، فادعى رجل أنه ورثها من أبيه، أو ابتاعها، وأقام على ذلك بينة، وادعى من هى بيده أنها ملكه، فإنه يحكم بها لصاحب البينة؛ لأنه قد عرف له أصل ملك وإن كان الظاهر مع صاحب اليد.

ولأن لفظ الحوالة كما يستعمل فى نقل الحق يستعمل فى نقل المطالبة.

والوجه الثانى - حكاه المصنف، وابن الصباغ، عن أبى العباس بن سريج -: أن القول قول زيد - وهو المحتال - ؛ لأن اسم الحوالة موضوع لتحويل الحق من ذمة إلى ذمة، فكان ظاهر اللفظ يوافق دعواه؛ فكان حمل الحكم على ما يقتضيه ظاهر اللفظ أولى من حمله على ما يخالفه، كما لو تنازعا دارًا، وهى فى يد أحدهما، فالقول قوله.

وهذا ما حكى الرافعى عن القاضى الحسين القطع به، وأنه حمل ما حكى عن المزنى على ما إذا اختلفا فى أصل اللفظ، فقال المحيل: وكلتك بلفظ الوكالة، وقال المحتال: بل أتيت بلفظ الحوالة وأردتها، فإن القول قول المحيل بلا خلاف[1].

قال ابن الرفعة: والذى رأيته فى تعليقه تصحيحه لا القطع به.

وفى تعليق البندنيجى: أن ابن سريج حكى الوجهين، وقال: إن أصلهما القولان فيما إذا ضرب ملفوفًا فقده نصفين، ثم اختلف هو وورثته فى حياته، فإن فيه قولين؛ لتقابل أصلين: بقاء الحياة، وبراءة الذمة[2].

(١) ينظر فتح العزيز (١٠/ ٣٥١)، وتتمة الإبانة خ .
(٢) ينظر الأم (٦/ ١٧) .

وكذلك ههنا أصلان: بقاء حق المحيل فى ذمة المحال عليه، وقول المحيل: «أحلتك على زيد» حقيقة فى تحويل الحق[1].

فإذا قلنا: إن القول قول المحيل فحلف، ثبتت الوكالة له. فإذا كان زيد لم يكن قد قبض الحق من خالد، لم يكن له قبضه، فلو قبضه، فهل يكون مضمونًا عليه؟ فيه وجهان -

قال الماوردى -: مأخوذان من اختلاف أصحابنا فى أن هذه وكالة فاسدة، أو حوالة فاسدة؛ فإن قلنا: وكالة فاسدة، لم يضمن، وإلا ضمن. هذا ما ذكره ابن الرفعة.

وقال العمرانى: إذا كان المحتال - أى: زيد - لم يقبض الحق، فللمحيل - أى عمرو - مطالبة المحال عليه - أى خالد - بحقه؛ لأنه قد أثبت بيمينه وكالة المحتال، وقد انعزل عن الوكالة بإنكاره لها.

وقال الشيخ أبو حامد: للموكل أن يعزله. وهذا يدل من قوله: على أنه لم ينعزل بالإنكار.

فإذا قبض المحيل الحق من المحال عليه فهل للمحتال أن يرجع على المحيل بحقه؟ فيه وجهان، حكاهما الشيخ أبو حامد:

أحدهما: يرجع؛ لأنا قد حكمنا بأنه وكيل.

والثانى: لا يرجع على المحيل؛ لأنه يقول: حقى فى ذمة المحال عليه، والمحيل قد أخذه ظلما، فلا يستحق الرجوع عليه بشىء.

وعندى - أى العمرانى - أنه لا يرجع عليه هاهنا، وجها واحدا؛ لأنه يقر أن حقه فى ذمة المحال عليه لم يتعين فيما قبضه المحيل على المحال عليه، بخلاف ما لو قبضه المحتال ثم أخذه منه المحيل فإنه يقر أن حقه قد تعين فيما قبضه، مع أنه قد قيل للشيخ أبى حامد: فإن وجد المحيل للمحال عليه مالا، هل يحل له أخذه فيما بينه وبين الله تعالى؟ فقال يحل له لأنه يقول: حقى فى ذمتى. وهذا يدل على ما ذكرته. انتهى كلام العمرانى.

---

(١) ينظر حاشية الرملى (٢/ ٢٣٤)، وروضة الطالبين (٤/ ٢٣٦)، وكفاية النبيه خ، والموضح للتنبيه خ .

هذا إذا لم يكن زيد - أى: المحتال - قد قبض الحق من خالد، أما إن كان زيد قد قبض الحق من خالد، فقد برئت ذمة خالد؛ لأنه دفع دفعًا مأذونًا فيه، إما من جهة الحوالة، أو الوكالة.

قال ابن الرفعة: «وحكى الرافعى عن الإمام رواية وجه ضعيف عن صاحب التقريب: أنه لا يبرأ، والذى فهمته من كلام الإمام ما حكيته عن الماوردى من قبل».

وهذا الذى حكاه ابن الرفعة عن الماوردى أن المسألة مبنية على اختلاف الأصحاب فى أن هذه وكالة فاسدة أو حوالة فاسدة.

«و لقد تعقب الإسنوى ابن الرفعة فى هذا، واعترض عليه مرجحًا كلام الرافعى فى نقله عن النهاية، وقال عن تنزيل ابن الرفعة ذلك على ما قاله الماوردى: «إن هذا غلط عجيب، ثم إذا رجعنا إلى الأصل المختلف عليه، وهو قول الإمام فى النهاية وجدنا المسألة فى أواخر هذا الباب، وقد حكى الإمام عن صاحب التقريب خلافًا فيما إذا صدقه المحيل: هل تكون حوالة فاسدة أم لا؟ ثم قال ما نصه: «فإن قلنا: إن سبيله سبيل الحوالة الفاسدة، فإذا كان المحال عليه سلم المال إلى المحتال، فهل يبرأ بالتسليم إليه عما عليه؟ فعلى وجهين:

أحدهما: أنه يبرأ بالدفع إليه، والآمر يطالب المحتال.

والثانى: لا يبرأ بالدفع إلى المحتال، فإنه لم يكن سبيله الوكالة المحضة، ولم تصح الحوالة أيضًا[1].

إذا ثبت هذا؛ فنعود إلى المثال الذى معنا:

فإن قلنا: إن ذمة خالد قد برئت؛ لأنه دفع دفعًا مأذونًا فيه، فإن كان الحق باقيًا فى يد القابض، لزمه دفعه إلى المحيل بظاهر الحكم؛ لأنه قد أثبت بيمينه أنه وكيله، فإذا رده عليه، فهل للمحتال أن يرجع بحقه على المحيل؟ فيه وجهان.

أحدهما: يرجع - وهو اختيار ابن الصباغ فى الشامل - ؛ لأنه إن كان وكيلًا، فحقه باق فى ذمة المحيل، وإن كان محتالًا، فقد أخذ منه المحيل ما كان أخذه، وذلك ظلم منه، فرجع عليه به؛ لأنه واجب عليه بقولهما. وهذا هو الصحيح فى

---

(١) ينظر: الهداية إلى أوهام الكفاية خ، ونهاية المطلب خ .

«التتمة»، وغيرها؛ كما ذكره ابن الرفعة.

والثانى: لا يرجع عليه فى ظاهر الحكم، وهو اختيار الشيخ أبى حامد؛ لأنه يقر أنه قبض حقه من المحال عليه، ولكن يرجع عليه فيما بينه وبين الله تعالى، فإن كان قادرًا على أخذ حقه من المحيل من غير هذا المقبوض، لم يحل له إمساك هذا المقبوض؛ لأن من عليه حق لغيره، فله أن يقبضه من أية جهة شاء، وإن كان لا يقدر على أخذ حقه منه، حل له إمساك هذا المقبوض فيما بينه وبين الله تعالى.

وإن كان المقبوض قد تلف فى يد القابض، فقد قطع المصنف وابن الرفعة بألا تراجع بينهما؛ لأن المحيل يقول: تلف على ملكى فى يدك، والمحتال يقول: تلف بعد أن أخذته من حقى[1].

وفصل ابن الصباغ، والعمرانى فى المسألة ففرقا بين ما إذا تلف بتفريط منه أو تلف بغير تفريط:

فإن تلف فى يده بتفريط منه، أو أتلفه، فقد وجب عليه مثل حقه فى ظاهر الحكم، ويتقاصان.

وإن تلف فى يده بغير تفريط، فلا تراجع بينهما؛ لأن المحيل يقول: تلف مالى فى يد وكيلى على وجه الأمانة؛ فلا شىء عليه لى، ولكن عندى له ألف لا يدعيها، والقابض يقول: تلف مالى فى يدى؛ فلم يرجع أحدهما على الآخر بشىء؛ كما لو تزوج امرأة بألف، وسلمها إليها، ثم طلقها، فقال: طلقتك بعد الدخول، فلى الرجعة، وعليك العدة، ولا رجوع لى عليك بشىء من المهر، وقالت المرأة: بل طلقتنى قبل الدخول، فلا عدة على، ولا رجعة لك، ولك الرجوع على بنصف المهر، فالقول قولها مع يمينها، فإذا حلفت، فلا رجعة له، ولاعدة عليها، ولا رجوع له عليها.

أما إن قلنا بقول أبى العباس بن سريج، وأن القول قول المحتال، فحلف، فحكمه حكم الحوالة الصحيحة، له أن يقبض حقه من المحال عليه، وإن كان قد قبضه، فقد برئت ذمة المحال عليه.

فرع: وإن اتفقا أن المحيل قال: «أحلتك بالحق الذى على لك على فلان»، ثم

---

(١) ينظر: كفاية النبيه خ .

قال المحيل: أردت بذلك: الوكالة، وقال المحتال: بل أحلتنى - فالقول قول المحتال، وجهًا واحدًا؛ لأن ذلك لا يحتمل إلا تحويل الحق.

فرع: وإن قال: أحلتك على فلان بمالى عليه، ثم قال المحيل: أردت بذلك: أحلتك بدينك الذى لك على عليه، وقال المحتال: بل وكلتنى بذلك لأقبضه لك، وحقى باق فى ذمتك - وهى عكس المسألة المذكورة قبل الفرع السابق، فعلى قول المزنى ومن تابعه: القول قول المحتال؛ لأن المحيل قد أقر بثبوت الحق له فى ذمته، ويدعى انتقال ذلك عن ذمته، والأصل بقاؤه فى ذمته.

وفى الكفاية: أن هذا هو الأظهر؛ لأنهما توافقا على شغل ذمة المحيل، وهو يدعى براءتها بالحوالة، والأصل بقاء الشغل.

وعلى قول أبى العباس بن سريج ومن تابعه من أصحابنا: القول قول المحيل؛ اعتبارًا بظاهر اللفظ؛ كما سبق بيانه.

قال الرافعى: وقد حكى عن القاضى الحسين القطع بهذا الوجه.

فإن قلنا: القول قول المحتال، فحلف، ثبت أنه وكيل، فإن كان قد قبض الحق من المحال عليه، فقد برئت ذمته؛ لأنه دفع مأذون فيه، فإن كان ما قبضه باقيًا، قال له الحاكم: أنت تدعى على المحيل ألفًا، وفى يدك له ألف، فخذه بحقك، وإن كان تالفًا، فإن كان تلفه بتفريط منه، ثبت ذلك فى ذمته للمحيل، وله مثل ذلك، فيتقاصان، وإن تلف بغير تفريط منه، لم يلزمه ضمانه؛ لأنه وكيل تلف المال فى يده بغير تفريط، وللمحتال أن يرجع بحقه على المحيل، فإذا رجع عليه.

قال الشيخ أبو حامد: حل للمحيل أن يأخذ من مال المحتال مثل ما أخذه منه فيما بينه وبين الله تعالى؛ لأنه يقول: قد أحلته بحقه، وما أخذه منى بعد ذلك أخذه ظلمًا. وإن كان المحتال لم يقبض الحق من المحال عليه، فله أن يرجع بحقه على المحيل؛ لأنه قد أثبت بيمينه أنه وكيل للمحيل، وله أن يعزل نفسه عن الوكالة، فإذا أخذ حقه من المحيل، فهل للمحيل أن يرجع على المحال عليه بشىء؟ فيه وجهان:

أحدهما: لا يرجع عليه بشىء؛ لأنه قد أقر أنه لا شىء له فى ذمته، بل ذلك للمحتال.

والثانى: له أن يرجع عليه؛ لأن المحتال إن كان صادقًا، فإن الذى فى ذمة المحال عليه للمحيل، وإن كان المحتال كاذبًا، فقد استحق المحيل على المحتال ما

أخذه منه ظلمًا، وللمحتال حق على المحال عليه يمكنه أخذه عن حقه.

فإذا قلنا: يرجع عليه، فالذى يقتضى المذهب: أنه يرجع عليه بأقل الأمرين مما أخذه منه المحتال، أو الدين الذى على المحال عليه؛ لأنه إن أعطى المحتال أكثر من حقه، لم يستحق الرجوع على المحال عليه بأكثر مما عنده، وإن أعطى المحتال أقل من حقه، فهو يقر أن جميع ما على المحال عليه للمحتال، وإنما يرجع من ماله بالقدر الذى أخذ منه، ومازاد عليه يقر به للمحتال.

وإن قلنا: القول قول المحيل، فحلف، بَرِئ من دين المحتال، وكان للمحتال مطالبة المحال عليه، إما بحكم الحوالة، أو الوكالة، فإذا أخذ منه المال، أمسكه بحقه؛ لأن المحيل يقول: هو له بحق الحوالة. والمحتال يقول: هو للمحيل، ولى عليه مثله. وهو غير قادر على حقه من جهة المحيل، فكان له أخذه.

فرع: إذا أحال رجل من له عليه دين على زيد به، فدفعه، ثم اختلف زيد والمحيل؛ فقال زيد: لم يكن لك عندى شىء؛ فلى الرجوع عليك بما دفعته، وقال المحيل: بل كان لى عليك - فالقول قول زيد مع يمينه، وله الرجوع على المحيل، صرح به صاحب الزوائد وغيره. والله أعلم[1].

فرع: إذا كان لزيد على عمرو ألف درهم، ولخالد على زيد ألف درهم، فجاء خالد إلى عمرو، وقال: قد أحالنى زيد بالألف التى عليك له، فإن صدقه، وجب عليه دفع المال إليه، ثم ينظر فى زيد: فإن صدقه، فلا كلام، وإن كذبه، كان القول قوله مع يمينه؛ لأن الأصل عدم الحوالة، فإذا حلف، رجع زيد بالألف على عمر، ولا يرجع خالد على زيد بشىء؛ لأنه إن كان قد قبض حقه من عمرو، فقد استوفاه، وإن لم يقبضه، فله أن يطالبه بحقه؛ لأنهما متصادقان على الحوالة.

وإن كذب عمرو خالدًا، ولا بينة، فالقول قول عمرو مع يمينه؛ لأن الأصل عدم الحوالة، فإذا حلف، سقطت دعوى خالد، ولم يكن لخالد الرجوع على زيد بشىء؛ لأنه يقر أن ذمته قد برئت من حقه، ثم ينظر فى زيد: فإن كان كذب خالدًا، كان له مطالبة عمرو بدينه، وإن صدق خالدًا، ففيه وجهان:

قال عامة أصحابنا: يبرأ عمرو من دين زيد؛ لأنه قد أقر بذلك.

---

(١) ينظر: كفاية النبيه خ .

قال ابن الصباغ: إذا قلنا: ليس من شرط الحوالة رضا المحال عليه، فإن الحوالة تثبت بتصادق المحيل والمحتال.

فرع: إذا كان لرجل على رجل ألف درهم، فطالبه بها، فقال من عليه الدين: قد أحلت بها عليّ فلانًا الغائب، وأنكر المحيل، فالقول قوله مع يمينه؛ لأن الأصل عدم الحوالة، فإن أقام من عليه الدين بينة بالحوالة.

قال ابن الصباغ: سمعت البينة، لإسقاط حق المحيل عنه، ولا يثبت بها الحق للغائب؛ لأن الغائب لا يقضى له بالبينة، فإذا قدم الغائب، وادعى، فإنما يدعى على المحال عليه دون المحيل، وهو مقر له بذلك، فلا يحتاج إلى إقامة البينة.

هذا ما ذكره العمراني في البيان، وذكره ابن الرفعة نقلا عن النهاية حكاية عن ابن سريج، وقال: «وهذا ما أبداه في الاستقصاء احتمالًا».

وذكر عن القاضي أبي الطيب أنه قال: إذا حضر الغائب وادعى، احتاج إلى إقامة البينة؛ حتى يقضى له بها.

ولو ادعى رجل على رجل أنه أحاله على فلان الغائب، وأنكر المدعى عليه، فالقول قوله مع يمينه، وإن أقام المدعى بينة، ثبت في حقه وحق الغائب؛ لأن البينة يقضى بها على الغائب، فإن شهد للمحتال ابناه، لم تقبل شهادتهما؛ لأنهما يشهدان لأبيهما، وإن شهد له ابنا المحال عليه، أو ابنا المحيل، قبلت شهادتهما؛ لأنهما يشهدان على أبيهما.

فرع: قال المزني: ولو كان لرجل على رجل ألف درهم، فأحاله المطلوب بها على رجل له عليه ألف درهم، ثم أحاله بها المحال عليه على ثالث له عليه ألف درهم - برئ الأولان، وكانت المطالبة على الثالث[1].

وجملة ذلك: أن المحال عليه إذا أحال على آخر جاز؛ لأن الحوالة عليه بحق ثابت لازم بمنزلة الدين الأول فبرئ، بالحوالة، كما برئ المحيل الأول بالحوالة، وكذلك كلما أحال واحد على واحد كان كالأول[2].

* * *

(١) ينظر: مختصر المزني (٢/ ٢٢٧).

(٢) ينظر: روضة الطالبين (٤/ ٢٣٨)، ومغني المحتاج (٢/ ١٩٨)، والشامل خ.

قال المصنف - رحمه الله تعالى -:

كتاب: الضمان

يصح ضمان الدين عن الميت؛ لما روى أبو قتادة، قال: أقبل بجنازة على عهد رسول الله ﷺ فقال: «هل على صاحبكم من دين؟ فقالوا: عليه ديناران. قال ﷺ صلوا على صاحبكم، فقال أبو قتادة هما على يا رسول الله، (فصلى) عليه رسول الله ﷺ» ويصح عن الحى؛ لأنه دين لازم، فصح ضمانه؛ كالدين على الميت.

(الشرح) قوله: «أقبل بجنازة على عهد رسول الله ﷺ فقال... الحديث.

أخرجه أحمد[(١)]، وعبد بن حميد[(٢)]، والترمذى[(٣)]، والنسائى[(٤)]، وابن ماجه[(٥)]، وعبد الرزاق[(٦)]، والطحاوى فى شرح الآثار[(٧)]، وابن حبان[(٨)].

تعريف الضمان فى اللغة:

الضمان: مصدر ضمن الشىء ضمانًا، فهو ضامن وضمين: إذا تكفل به.

وقال ابن سيده: ضمن الشىء ضَمَنًا وضمانًا، وضمَّنه إياه، كفَّله إياه، وهو مشتق من: التضمن؛ لأن ذمة الضامن تتضمن، قاله القاضى أبو يعلى.

وقال ابن عقيل: الضمان مأخوذ من الضمن؛ فتصير ذمة الضامن فى ذمة المضمون عنه.

وقيل: هو مشتق من الضم؛ لأن ذمة الضامن تنضم إلى ذمة المضمون عنه.

والصواب: الأول؛ لأن «لام» الكلمة فى الضم «ميم»، وفى الضمان «نون» وشرط صحة الاشتقاق كون حروف الأصل موجودة فى الفرع.

فالضمان فى اللغة إذَنْ: الحفظ، ويقال له: ضمان وحمالة وكفالة[(٩)]، قال

---

(١) ٥/٢٩٧و ٣٠١و٣٠٢و٣٠٤و٣١١ .
(٢) (١٩١) .
(٣) ٢/٣٦٨ - ٣٦٩أبواب الجنائز باب ما جاء فى الصلاة على المديون (١٠٦٩) .
(٤) ٤/ ٦٥ كتاب الجنائز باب الصلاة على من عليه دين، و(٧/٣١٨) كتاب البيوع باب الكفالة بالدين .
(٥) ٤/ ٦٨ كتاب الصدقات باب الكفالة (٢٤٠٧) .
(٦) (١٥٢٥٨) .
(٧) (٤١٤٦) .
(٨) (٣٠٥٨) و (٣٠٦٠) .
(٩) ينظر تحرير التنبيه (٢٢٧) .

تعالى: ﴿وَكَفَّلَهَا زَكَرِيَّا﴾ [آل عمران:٣٧] وقال ﷺ: «أَنَا وَكَافِلُ الْيَتِيمِ كَهَاتَيْنِ فِي الْجَنَّةِ»[١]، ويقال له أيضًا: زَعَامَة وأذانة وقبالة. قال الله تعالى: ﴿وَلِمَن جَآءَ بِهِۦ حِمْلُ بَعِيرٍ وَأَنَا۠ بِهِۦ زَعِيمٌ﴾ [يوسف: ٧٢]، أى: كفيل وضامن، «والزعيم» من: الزعامة، وهى السِّيادة؛ فكأن الضامن بكفالته، صار له على المكفول سيادة.

والأذين من الأذانة بمعنى الإيجاب؛ لأن الضامن أوجب على نفسه، أو من الإذن، وهو الإعلام؛ لأن الكفيل أعلم بأن الحق فى جهته، والقبيل: من القبالة، وهى الحفظ، ولذلك سُمّى الصَّكُّ قبالًا؛ لأنه يحفظ الحق، ويسمى الكفيل قبيلًا؛ لأنه يحفظه أيضًا.

قال صاحب «مختار الصحاح»: والقبيل: الكفيل، وتقول العرب: هو كفيل بكذا، وحَمِيل، وزعيم، وأذين بمعنى: ضمين، وحافظ له[٢].

تعريف الضمان عند الفقهاء:

تعريف الشافعية: هو عقد يحصل به التزامُ حَقٍّ ثابت فى ذمة الغير، أو إحضار مَنْ هو عليه، أو عين مضمونة.

وعليه فالضمان عندهم على ثلاثة أقسام:

أحدها: يتعلّق بالذمة فقط، وهو واضح، وهذا النوع من الالتزام فى الضمان هو الأغلب والأكثر.

ثانيها: يتعلّق بالذمة والعين؛ كما إذا قال: ضمنتُ دينك، على أن أؤديه من هذه العين، كذا صرح به البندنيجى وابن الصباغ وغيرهما.

ثالثها: يتعلق بالعين فقط؛ كما إذا قال: ضمنت دَيْنَكَ فى هذه العين، جزم به القاضى الحسين.

شرح التعريف، وإخراج محترزاته:

قولهم: «عقد» جنسٌ فى التعريف شاملٌ لكل عقد.

قولهم: «يحصل به التزام» أى: يكون العقد هو سبب الالتزام الذى يكون طرفاه كلًّا من الضامن وصاحب الحق المضمون.

قولهم: «حق» شاملٌ للمنفعة.

---

(١) رواه البخارى برقم (٦٠٠٥)، ومسلم برقم (٢٩٨٣).
(٢) اللسان (ضمن)، المطلع ص (٢٤٨، ٢٤٩).

قولهم: «أو إحضار» عطف بالجر على «حقٌّ»، أى: أو التزام إحضار.

قولهم: «من هو» أى: الحق اللازم، لا بمعناه السابق، وهو ما قابل العين، بل بمعنى ما يشملها والعقوبة.

قوله: «أو عين» عطف على «مَنْ»، أى: أو التزام إحضار، أى: رد عين مضمونة، كغصب، أو إعارة، أو سَوْم[1]؛ إذا كان قادرًا على انتزاعها، أو أذن له من هى تحت يده.

تعليق: هذا التعريف شامل للضمانات الثلاثة التى من جملتها الكفالة.

قوله: «ويقال... إلخ» أى: فالضمان يُطْلَقُ على كل من الضمان والأثر، وهو الحاصل بالمصدر.

والفرق بين الحاصل بالمصدر ونفس المصدر: أن الفعل لا بد من تعلُّقه بالفاعل والأثر المترتب عليه؛ فهو مع ملاحظة التعلق الأول مصدر، ومع الثانى اسم مصدر، ويسمى: الحاصل بالمصدر[2].

تعريف المالكية:

الضَّمان عند المالكية هو: «التزامُ مكلَّفٍ غير سفيه دَيْنًا على غيره أو طلبة من عليه الحق لمن هو له بما يدل عليه»[3].

شرح التعريف وإخراج محترزاته:

قولهم: «التزام» يشمل جميع الالتزامات، وبإضافته إلى «مكلف» تخرج التزامات غير المكلفين: كالصبيان، والمجانين، والمكرهين؛ فهى فاسدة يجب ردُّها.

قولهم: «غير سفيه» قيد خرج به التزامات السُّفهاء؛ فهى فاسدة أيضًا يجب ردها، وليس للولى إجازتها، وكذلك ولى الصبى والمجنون، ولا فرق بين كون المكلف ذكرًا أو أنثى، صحيحًا أو مريضًا، مسلمًا أو كافرًا.

قولهم: «دَيْنًا» كل ما يتوجه به الطلب، سواء كان لازمًا كدَيْن القرض والبيع والإجارة، أو آيلًا إلى اللزوم كدين الجعالة قبل تمام العمل - فإنه صحيح على

---

(١) السَّوْم: سام فلانًا الأمر: كَلَّفَهُ إياه وألزمه به. المعجم الوسيط (سام).

(٢) ينظر: إعانة الطالبين (٢/ ٢٣٥)، قليوبى وعميرة (٢/ ٤٠٤)، نهاية المحتاج (٤/ ٤٣٢)، الإقناع (٢/ ٣٧).

(٣) ينظر مواهب الجليل (٥/ ٩٦)، أسهل المدارك (٣/ ١٩).

المشهور.

وأما بعده فباتفاق؛ لأنه حينئذٍ من الديون اللازمة.

وإضافة المصدر إلى «مكلف» من الإضافة إلى الفاعل، و «دينًا» مفعوله، والمعنى: أن يلتزم المكلف المذكور دينًا، وهذا هو النوع الأول من أنواع الضمان.

وخرج به: القصاص والجراحات من كل ما ليس دينًا لازمًا، ولا آيلًا إلى اللزوم.

وخرجت الحوالة من التعريف؛ لأنها ليست التزام دين، بل طرح دين.

قولهم: «على غيره» قيد خرج به التزامُ دينٍ ليس على غيره كما فى البيع الذى أجل فيه الثمن غير المعين؛ فإن المشترى التزم دينًا لم يكن على غيره؛ إذ لم ينشأ إلا من العقد، وخرج أيضًا الشركة والتولية.

قولهم: «أو طلبة» معطوف على قولنا «دينًا»، والمعنى: أن الضمان التزام المكلف المذكور الدين المذكور، أو التزامه طلبة من عليه الحق، وهو المضمون لمن هو له، وهو المضمون له.

وبما ذكرنا توضَّحت أنواع الضمان الثلاثة؛ لأن الطلب إن كان على وجه الإتيان بالمطلوب لرب الحق عند حلول الأجل فهو ضمان الوجه، وإن كان على وجه التفتيش والدلالة عليه فضمان الطلب.

اعتراضٌ: وقد يرد اعتراض أن التعريف لا يصح أن يشتمل على حقائق متعددة.

والجواب عليه: أن هذا الكلام غير صحيح، ولا يرد؛ لأنها تعاريف ثلاثة لثلاث حقائق، ولا حظر فى ذلك.

وكذلك لا يعترض بدخول «أو»، بأنها ممنوعة فى التعاريف؛ وذلك لأن «أو» هنا للتنويع وهى ليست ممنوعة فى التعاريف بخلاف «أو» التى هى للشك.

قولهم: «بما يدل عليه» الصيغة التى تفهم الالتزام المذكور، سواء كانت لفظًا أو إشارة أو كناية.

تعريف الحنابلة:

الضمان عند الحنابلة هو: التزام من يصح تبرعه، أو مفلس، أو قن[1] أو مكاتب

---

(١) القِنُّ: العبد الذى كان أبوه مملوكًا لمواليه، . . . ، ويطلق بلفظ واحد للمذكر والمؤنث، والمفرد والجمع .

بإذن سيدهما[١].

شرح التعريف وإخراج محترزاته:

قولهم: «التزام» أى: التزام بكل لفظ فهم منه الضمان عُرفًا، كقوله: (ضمنت دينك) أو (تحملته) أو يقول: (بعه وأنا أعطيك الثمن) ونحو ذلك.

قولهم: «من يصح تبرعه» أى: جائز التصرف، وهو البالغ العاقل الحرّ غير المحجور عليه؛ فلا يصح من صغير ولا مجنون ولا سفيه ولا عبد؛ لأنه إيجاب مال بعقد فلم يصح منهم كالشراء.

قولهم: «أو مفلس» أى: التزامه؛ لأن الحجر عليه فى ماله لا فى ذمته، كالراهن يتصرف فى غير الرهن.

قولهم: «أو قن أو مكاتب بإذن سيدهما» ؛ لأن الحجر عليهما لحقه، فإذا أذن لهما انفك كسائر تصرفاتهما، فإن لم يأذن لهما فيه لم يصح سواء أذن فى التجارة أم لا؛ إذ الضمان عقد يتضمن إيجاب مال كالنكاح.

الأحكام: أما حكمة مشروعية الضمان؛ فلما فيه من المصلحة ودفع الضرر وإحياء حقوق العباد، ولأن الحاجة إليه ماسة؛ إذ قد لا يطمئن البائع إلى المشترى فيحتاج إلى من يضمنه فى الثمن، وقد لا يطمئن المشترى إلى البائع فيحتاج إلى من يضمنه فى المبيع كما فى السلم مثلاً، وقد يريد الشخص أن يتداين من غيره وهو فى حاجة إلى ما يريد فلا يجد من يعطيه إلا بضامن خوف المماطلة أو العدم أو الجحد فيحتاج إلى من يضمنه.

فدفعا لتلك الحاجة شرع الله - تعالى - (الضمان) لرعاية مصالح عباده تفضلًا منه تعالى ورحمة. أما سبب المشروعية فهو تضييق الطالب على المطلوب مع قصد الضامن رفعه عنه إما تقربًا إلى الله - تعالى - أو إزالة للأذى عن نفسه إن كان المطلوب ممن يهمه ما أهمه، ومحاسن الضمان جليلة كرد الطالب الخائف على ماله والمطلوب الخائف على نفسه وعرضه، حيث كُفِيَا مؤنة ما أهمهما، وتلك نعمة كبيرة من الله عليهما.

ولما كان الضمان من الأفعال العالية امتن الله - تعالى - به على مريم حيث قال:

---

(١) ينظر كشاف القناع (٣/ ٣٦٢)، شرح منتهى الإرادات (٢/ ١٢٢) .

﴿وَكَفَّلَهَا زَكَرِيَّا﴾ [آل عمران: ٣٧] وهذا يتضمن الامتنان على مريم إذ جعل لها من يقوم بمصالحها وسمى نبيًّا من أنبيائه بذى الكفل؛ لما كفل جماعة من الأنبياء لملك أراد قتلهم[١].

الأصل فى مشروعية الضمان: الكتاب، والسنة، والإجماع

فالكتاب: قوله – تعالى – ﴿قَالُواْ نَفْقِدُ صُوَاعَ ٱلْمَلِكِ وَلِمَن جَآءَ بِهِۦ حِمْلُ بَعِيرٍ وَأَنَا۠ بِهِۦ زَعِيمٌ﴾ [يوسف: ٧٢] قال ابن عباس: الزعيم: الكفيل.

فإن قيل: كيف تحتجون بهذه الآية؟ لأن هذه الكفالة المذكورة فى الآية لا تصح عندكم؛ لأن حمل البعير مجهول؟ وهو – أيضا – جعالة، وهو – أيضا – حكاية عن منادى يوسف – عليه السلام – ولا يلزمنا شرعه

فالجواب: أن حمل البعير معروف عندهم، ولهذا سموه «وسقا»، وعلق النبى ﷺ زكاة الحب عليه، فقال: «لَيْسَ فِيمَا دُونَ خَمْسَةِ أَوْسُقٍ صَدَقَةٌ»[٢]قال الشاعر:

أين الشظاظات وأين المربعه وأين وسق الناقة المطبعه[٣]

وأما الجعالة: فمن أصحابنا من قال: تصح بها الكفالة؛ لأنها تئول إلى اللزوم، ومن لم يجز قال: اللفظ اقتضى جواز الكفالة، وجوازها بمال الجعالة، ثم قام الدليل على أن الجعالة لا يتكفل بها، فبقى جوازها على ظاهره[٤].

وأما شرع من قبلنا فهو شرع لنا إذا لم يتصل به نكير، وقد ذكره الله – تعالى ولم ينكره، فدل ذلك على ثبوته[٥].

وأيضا: قوله – تعالى ﴿سَلْهُمْ أَيُّهُم بِذَٰلِكَ زَعِيمٌ﴾ [القلم: ٤٠].

وأما السنة: فروى أبو أمامة: أن النبى ﷺ خطب يوم فتح مكة، فقال «ألا إن

(١) ينظر أحكام الضمان لعبدالله على .
(٢) تقدم .
(٣) الرجز بلا نسبة فى اللسان (طبع)، والتاج (شظظ)، (جلفع)، (ربع)، (طبع)، (وسق)، وتهذيب اللغة ٢/ ١٨٧، ٣٦٨، وكتاب الجيم ٢/ ٢٩، وديوان الأدب ١/ ٣٠٢، وجمهرة اللغة ص٣١٧، ١١٨٤، ومقاييس اللغة ٢/ ٤٨١، ٣/ ١٦٧، ٦/ ١٠٩، ومجمل اللغة ٣/ ١٤٥ .
(٤) ينظر الشامل لابن الصباغ خ، وشرح المختصر للقاضى أبى الطيب خ .
(٥) ينظر جمع الجوامع بحاشية العطار (٢/ ٣٩٤) .

الله - تعالى - قد أعطى كل ذى حق حقه، فلا وصية لوارث، ولا تنفق امرأة شيئا من بيتها إلا بإذن زوجها، والعارية مؤداة، والمنحة مردودة، والدين مقضى، والزعيم غارم »[١].

و «الزعيم»: الضمين، فلولا أن الضمان يلزمه إذا ضمن، لم يجعله غارما.

وروى قبيصة بن المخارق - رضى الله عنه: أن النبى ﷺ قال: «لا تحل الصدقة إلا لثلاثة. . .» فذكر: «رجلا تحمل بحمالة، فحلت له المسألة حتى يؤديها، ثم يمسك»[٢]فأباح له الصدقة حتى يؤدى، فدل على أن الحمالة قد لزمته.

وروى أبو سعيد الخدرى قال: كنا مع النبى ﷺ فى جنازة، فلما وضعت قال: «هل على صاحبكم من دين؟» قالوا: نعم، درهمان، فقال «صلوا على صاحبكم»، فقال على - رضى الله عنه - هما على يا رسول الله، وأنا لهما ضامن، فقام رسول الله ﷺ فصلى عليه، ثم أقبل على على، فقال «جزاك الله عن الإسلام خيرا وفك الله رهانك كما فككت رهان أخيك»[٣].

---

(١) أخرجه أبو داود (٣/ ٨٢٤) كتاب: البيوع والإجارات، باب: فى تضمين العارية، حديث (٣٥٦٥)، والترمذى (٣/ ٥٦٥) كتاب: البيوع، باب: العارية مؤداة، حديث (١٢٦٥)، وابن ماجه (٢/ ٨٠٤) كتاب: الصدقات، باب: الكفالة، حديث (٢٤٠٥)، وأحمد (٥/ ٢٦٧)، والطيالسى (١١٢٦)، وعبد الرزاق (٨/ ١٧٣) رقم (١٤٧٦٧)، وابن أبى شيبة (٧/ ٢٠٠)، وابن الجارود فى المنتقى رقم (١٠٢٣)، والدارقطنى (٣/ ٤١) كتاب: البيوع، حديث (١٦٦)، وأبو نعيم فى «تاريخ أصبهان» (٢/ ٢٨١)، والبيهقى (٦/ ٨٨) كتاب: العارية، باب: العارية مؤداة، والقضاعى فى مسند الشهاب (١/ ٦٤)، والبغوى فى شرح السنة (٤/ ٣٦٩) كلهم من طريق إسماعيل بن عياش: ثنا شرحبيل بن مسلم قال: سمعت أبا أمامة يقول: سمعت رسول الله ﷺ يقول فى خطبة الوداع: «العارية مؤداة، والمنحة مردودة، والدين مقضى، والزعيم غارم» .
وقال الترمذى: حديث حسن .

(٢) أخرجه مسلم ٢/ ٧٢٢ كتاب الزكاة باب من تحل له المسألة (١٠٩/ ١٠٤٤) والحميدى (٨١٩)، وأحمد ٣/ ٤٧٧، ٥/ ٦٠، والدارمى ١/ ٣٩٦ كتاب الزكاة باب من تحل له الصدقة، وأبو داود ١/ ٥١٥ كتاب الزكاة باب ما تجوز فيه المسألة (١٦٤٠)، والنسائى ٥/ ٨٨ - ٨٩ كتاب الزكاة باب الصدقة لمن تحمل حمالة وفى ٥/ ٩٦ باب فضل من لا يسأل الناس شيئا، وابن خزيمة (٢٣٥٩) و (٢٣٦٠) و (٢٣٦١) من طرق عن أبى بكر هارون بن رياب عن كنانة بن نعيم العدوى عنه .

(٣) أخرجه البيهقى فى السنن الكبرى ٦/ ٧٣ كتاب الضمان باب وجوب الحق بالضمان وقال: - والحديث يدور على عبيدالله الوصافى وهو ضعيف جدا وقد روى من وجه آخر عن على بن أبى طالب بإسناد ضعيف. قلت أما رواية على فرواها الدارقطنى ٣/ ٤٦ - ٤٧، والبيهقى =

وروى جابر بن عبد الله أن النبى ﷺ كان لا يصلى على رجل عليه دين فأتى بجنازة، فقال: (هل على صاحبكم دين؟» فقالوا: نعم، ديناران. قال «فصلوا على صاحبكم» فقال أبو قتادة هما على يا رسول الله، قال: فصلى عليه، فلما فتح الله - تعالى - على رسوله ﷺ قال: «أنا أولى بالمؤمنين من أنفسهم، من ترك مالا فلورثته، ومن ترك دينا فعلى»[١].

ولأن ذلك إجماع المسلمين، فإن أحدا من العلماء لم يخالف فى صحة الضمان، وإنما اختلفوا فى فروع من ذلك نذكرها إن شاء الله تعالى[٢].

إذا ثبت هذا: فإنه يصح ضمان الدين عن الميت، سواء خلف وفاء لدينه أو لم يخلف. وبه قال مالك، وأبو يوسف، ومحمد.

وقال الثورى، وأبو حنيفة: لا يصح الضمان عن الميت إذا لم يخلف وفاء لماله، أو بضمان ضامن.

واحتجا: بأن الموت مع عدم الوفاء يسقط المطالبة بالحق والملازمة عليه، فوجب أن يمنع صحة الضمان؛ كالإبراء.

ووجهه الكاسانى فى البدائع[٣] بقوله «إن الدين عبارة عن الفعل، والميت عاجز عن الفعل، فكانت هذه كفالة بدين ساقط، فلا تصح، كما لو كفل على إنسان بدين ولا دين عليه وإذا مات مليئا فهو قادر بنائبه، وكذا إذا مات عن كفيل؛ لأنه قائم مقامه فى قضاء دينه».

دليلنا: ما ذكرناه من الأحاديث السابقة عن على وأبى قتادة وجابر بن عبد الله - رضى الله عنهم أجمعين -.

= ٦/ ٧٣ وقال: عطاء بن عجلان ضعيف.

(١) أخرجه أحمد ٣/ ٢٩٦، والنسائى ٤/ ٦٥ - ٦٦ كتاب الجنائز باب الصلاة على من عليه دين، وأبو داود ٢/ ٢٦٧ كتاب البيوع باب التشديد فى الدين (٣٣٤٣)، وابن حبان (٣٠٦٤ - الإحسان)، وعبد الرزاق فى المصنف ٨/ ٢٩٠ (١٥٢٥٧) من طرق عن معمر عن الزهرى عن أبى سلمة عنه.

وأخرجه أحمد ٣/ ٣٣٠، والدارقطنى ٣/ ٧٩ أن النبى ﷺ قال له لما قضى دينه: الآن بردت عليه جلده.

(٢) ينظر الشامل خ.

(٣) (٦/٦).

وما روى أبو هريرة قال: كان النبي ﷺ يؤتى بالمتوفى وعليه دين فيقول: «هل خلف لدينه قضاء؟» - وروى: «وفاء» - فإن قيل له: لم يخلف وفاء، قال للمسلمين: «صلوا عليه»، فلما فتح الله عليه الفتوح، قال: «من خلف مالا، فلورثته، ومن خلف دينا، فعليَّ قضاؤه»[1] فضمن ﷺ القضاء.

وموضع الدليل من هذه الأحاديث: أن النبي ﷺ أجاز الضمان عن الميت، ولم يسأل: هل خلف وفاء، أم لا؟

---

(١) هذا الحديث ورد من طرق عن أبي هريرة طريق أبي سلمة: أخرجه البخاري ٥/ ٢٤٤ كتاب الكفالة باب الدين (٢٢٩٨)، وفي ١٠/ ٦٤٥ كتاب النفقات باب قول النبي ﷺ «من ترك كلاً أو ضياعًا فإلي» (٥٣٧١) وفي ١٣/ ٤٩٢ كتاب الفرائض باب قول النبي «من ترك مالا فلأهله (٦٧٣١) ومسلم ٣/ ١٢٣٧ كتاب الفرائض باب من ترك مالا فلورثته (١٤/ ١٩١٩) وأحمد ٢/ ٢٩٠ و٤٥٣ وابن ماجه ٤/ ٧٣ - ٧٤ كتاب الصدقات باب من ترك دينًا.. (٢٤١٥)، والترمذي ٢/ ٣٦٩ أبواب الجنائز باب ما جاء في الصلاة على المديون (١٠٧٠)، والنسائي ٤/ ٦٦ كتاب الجنائز باب الصلاة على من عليه دين. من طرق عن ابن شهاب وأخرجه أحمد ٢/ ٢٨٧، ٤٥٠، والترمذي ٣/ ٥٩٧ أبواب الفرائض باب ما جاء من ترك مالا فلورثته (٢٠٩٠) من طرق عن محمد بن عمرو كلاهما لابن شهاب ومحمد بن عمرو عنه

- طريق أبي صالح أخرجه البخاري ١٣/ ٥١٤ كتاب الفرائض باب ابني عم أحدهما أخ للأم.. (٦٧٤٥) وأحمد ٢/ ٣٥٦، والنسائي في الكبرى ٤/ ٧٥ كتاب الفرائض باب ذكر اسم هذا الرجل الذي أدخل الزهري بينه وبين قبيصة بن ذئيب.

- من طرق عن أبي حصين وأخرجه أحمد ٢/ ٣٨٠ و٣٩٩ من طريق الأعمش، كلاهما (أبو حصين والأعمش) عنه.

- طريق الأعرج أخرجه مسلم ٣/ ١٢٣٧ - ١٢٣٨ (١٥/ ١٦١٩) وأحمد ٢/ ٤٦٤، والدارمي٢/ ٢٦٣ كتاب البيوع باب الرخصة في الصلاة عليه من طرق عن أبي الزناد عنه.

- طريق عبدالرحمن بن أبي عمرة أخرجه البخاري ٥/ ٣٤١ كتاب الاستقراض.. باب الصلاة على من ترك دينًا (٢٣٩٩) وفي ٩/ ٤٧٠ كتاب التفسير باب (١) (٤٧٨١) وأحمد ٢/ ٣٣٤ من طريق فليح بن سليمان عن هلال بن علي عنه.

- طريق أبي حازم أخرجه البخاري ٥/ ٣٤١ (٣٣٩٨) في المصدر السابق، ومسلم ٣/ ١٢٣٨ (١٧/ ١٦١٩) في المصدر السابق، وأحمد ٢/ ٤٥٥، وأبو داود ٢/ ١٥٢ كتاب الخراج والفيء والإمارة باب في أرزاق الذرية (٢٩٥٥) من طرق عن شعبة عن عدي بن ثابت عنه

- طريق همام بن مُنَبِّه أخرجه مسلم ٣/ ١٢٣٨ (١٦/ ١٦١٩) وأحمد ٢/ ٣١٨ من طريق عبد الرزاق بن همام عن معمر عنه.

- طريق عجلان مولى فاطمة بنت عتبة أخرجه أحمد ٢/ ٥٢٧ من طريق محمد بن عجلان عنه.

ولأنه لم يكن يمتنع من الصلاة إلا على من مات وعليه دين، ولم يخلف وفاء، بدليل حديث أبى هريرة، وإنما كان امتناعه فى أول الإسلام؛ لأن صلاته رحمة، والدَّين يحجب عن ذلك، بدليل ما روى عن أنس: أنه قال: من استطاع منكم أن يموت وليس عليه دين، فليفعل، فإنى شهدت النبى ﷺ وقد أتى بجنازة، فقالوا: صل عليها، فقال: «أليس عليه دين؟»، فقالوا: بلى، فقال: «ما تنفعكم صلاتى عليه، وهو مرتهن فى قبره، فإن ضمنه أحدكم، قمت، فصليت عليه، وكانت صلاتى تنفعه»[1].

ولأن كل من صح الضمان عنه إذا كان له وفاء بما عليه، صح الضمان عنه وإذا لم يكن له وفاء؛ كالحى.

ولا يصح قياس الثورى وأبى حنيفة على الإبراء؛ لأنه إسقاط للحق، ولهذا لا يصح بعده إبراء، وهاهنا يخالفه.

فائدة: اختلف العلماء - على ما حكاه الماوردى - فى معنى قوله ﷺ: «مَنْ خَلَّفَ مَالا فَلِوَرَثَتِهِ، وَمَنْ خَلَّفَ دَيْنًا فَعَلَيَّ»، على وجهين:

أحدهما: أنه إذا مات وعليه دين، قضاه من مال الصدقات، من سهم الغارمين.

ومن مات ولادين عليه وله مال، كان لورثته.

والثانى: أن من ترك دينا له ومالا، فعلى اقتضاء الدين له، واستخراجه ممن هو عليه حتى يصير مع ماله تركة إلى ورثته.

ولأجل هذا الاختلاف، اختلف أصحابنا فى أنه: هل كان يجب عليه فقط ﷺ قضاء ديون من مات ولا مال له، أم لا؟ على وجهين:

أصحهما - فى «النهاية»، فى أول كتاب النكاح -: نعم.

وعلى هذا: هل يجب مثل ذلك على الأئمة من بعده أم لا؟ فيه وجهان[2].

وبالتفسير الثانى أخذ من لم يوجب من أصحابنا على الأئمة قضاء ديون الموتى، إذا قلنا بأن ذلك كان حتما على النبى ﷺ، كما هو الأصح فى «النهاية» فى أول كتاب النكاح.

---

(١) أخرجه البيهقى فى السنن الكبرى من طرق عنه ٦/ ٧٥ كتاب الضمان باب الضمان عن الميت.

(٢) ينظر نهاية المحتاج ٣/ ٤٣٣، نيل الأوطار ٥/ ٢٣٩.

ومن قال منهم بأنه يجب على الأئمة ذلك من سهم المصالح، تمسك بظاهر الخبر، وفسره بالتفسير الأول[١].

فرع: هذا الذى سبق ذكره: إذا كان المضمون عنه ميتا، أما إذا كان حيا، فدليله: ما روى عكرمة عن ابن عباس - رضى الله عنهم -: أن رسول الله ﷺ تحمل عن رجل عشرة دنانير، وأنه أتى له بها فردها النبى ﷺ عليه.

وروى أن قبيصة بن المخارق الهلالى تحمل حمالة، فأتى النبى ﷺ فقال له: «نؤديها عنك يا قبيصة، ثم قال ﷺ: «حرمت المسألة». أو قال: «لا تحل المسألة إلا لثلاثة: رجل تحمل حمالة فيسأل حتى يقضيها، ثم يمسك.....»[٢].

فرع : إذا ثبت هذا: فإنه يقال: ضمين، وكفيل، وزعيم، وحميل، وصبير، وقبيل - بمعنى واحد.

وقال الطبرى: لو قال: تكفلت لك بمالك على فلان، صح.

وإن قال: أنا به قبيل، لم يكن صريحا فى الضمان فى أحد الوجهين، خلافا لأبى حنيفة؛ لأن القبيل بمعنى: قابل، كالسميع بمعنى: سامع، وإيجاب الضمان لا يكون موقوفا على قبوله، فلم يصح.

وإن قال إلى دين فلان، لم يكن صريحا فى الضمان فى أحد الوجهين، خلافا لأبى حنيفة.

دليلنا: أنه يحتمل قوله: (إلى»، بمعنى: أزن عنه، ويحتمل: مرجعه إلى لحق استحقه.

ولو قال: خل عن فلان، والدين الذى عليه لك عندى، لم يكن صريحا فى الضمان، خلافا لأبى حنيفة؛ لأن كلمة «عندى» تستعمل فى غير مضمون؛ كقولهم: الوزير عند الأمير.

قال المصنف - رحمه الله تعالى -:

(فصل) ويصح ذلك من كل جائز التصرف فى ماله، فأما من يحجر عليه: لصغر؛ أو جنون، أو سفه؛ فلا يصح ضمانه؛ لأنه إيجاب مال بعقد، فلم يصح من الصبى،

---

(١) ينظر كفاية النبيه خ .
(٢) تقدم .

والمجنون، والسفيه؛ كالبيع.

ومن حجر عليه للفلس، يصح ضمانه؛ لأنه إيجاب مال فى الذمة بالعقد، فصح من المفلس؛ كالشراء بثمن فى الذمة.

وأما العبد، فإنه إن ضمن بغير إذن المولى، ففيه وجهان:

قال أبو إسحاق: يصح ضمانه، ويتبع به إذا عتق؛ لأنه لا ضرر فيه على المولى؛ لأنه يطالب به بعد العتق، فصح منه كالإقرار بإتلاف ماله.

وقال أبو سعيد الإصطخرى: لا يصح؛ لأنه عقد تضمن إيجاب مال، فلم يصح منه بغير إذن المولى؛ كالنكاح.

فإن ضمن بإذن مولاه، صح ضمانه؛ لأن الحجر لحقه، فزال بإذنه، ومن أين يقضى؟ ينظر فيه: فإن قال له المولى: اقضه من كسبك، قضاه منه، وإن قال: اقضه مما فى يدك للتجارة، قضاه منه؛ لأن المال له، وقد أذن له فيه، وإن لم يذكر القضاء، ففيه وجهان:

أحدهما: يتبع به إذا أعتق؛ لأنه أذن فى الضمان دون الأداء.

والثانى: يقضى من كسبه، إن كان له كسب، أو مما فى يده، إن كان مأذونًا له فى التجارة؛ لأن الضمان يقتضى الغرم، كما يقتضى النكاح المهر، ثم إذا أذن له فى النكاح، وجب قضاء المهر مما فى يده، فكذلك إذا أذن له فى الضمان، وجب قضاء الغرم مما فى يده.

فإن كان على المأذون له دين، وقلنا: إن دين الضمان يقضيه مما فى يده، فهل يشارك فيه الغرماء؟ فيه وجهان:

أحدهما: يشارك به؛ لأن المال للمولى، وقد أذن له فى القضاء منه، إما بصريح الإذن، أو من جهة الحكم؛ فوجب المشاركة به.

والثانى: أنه لا يشارك به؛ لأن المال تعلق به الغرماء، فلا يشارك بمال الضمان؛ كالرهن.

وأما المكاتب فإنه ضمن بغير إذن المولى، فهو كالعبد القن، وإن ضمن بإذنه، فهو تبرع، وفى تبرعات المكاتب بإذن المولى قولان نذكرهما فى المكاتب، إن شاء الله تعالى.

(الشرح) الأحكام: لا يصح ضمان الصبى والمجنون، لقوله ﷺ: «رفع القلم

عن ثلاث، عن الصبى حتى يبلغ، وعن المجنون حتى يفيق، وعن النائم حتى ينتبه»[١].

ولأنهما غير مكلفين فلم يكن لكلامهما حكم يلزمهما[٢].

ولأنه إيجاب مال بعقد، فلم يصح منهما؛ كالبيع.

فقولنا: بعقد احتراز من ايجاب المال عليه بالجناية، ومن نفقة قريبة ومن الزكاة.

إذا ثبت هذا، فإن اختلف المضمون له، والبالغ، فقال: ضمنت لى بعد البلوغ، وقال: بل ضمنت لك قبل البلوغ - فإن القول قول الضامن مع يمينه؛ لأن الأصل عدم البلوغ، وعدم ثبوت الحق عليه أيضا[٣].

وأما المفيق إذا اختلف مع المضمون له، فقال: ضمنت لك فى حال الجنون - نظرت: فإن لم تعرف له حالة جنون، فالقول قول المضمون عنه؛ لأن الأصل عدم الجنون وصحة الضمان، وإن عرف له حالة جنون، كان القول قول الضامن؛ لأن الأصل ألا حق له عليه، وعلى المضمون له إقامة البينة أنه ضمن فى حال إفاقته.

فرع: فأما المبرسم الذى يهذى ويخلط فى كلامه، فإنه لا يصح ضمانه وكذلك المغمى عليه، فإن كان مريضا يعقل صح ضمانه[٤]، فإن مات من مرضه، وغرم مال الضمان كان من ثلثه؛ لأنه تبرع بالضمان، وإن صح من مرضه كان من جميع ماله.

وأما الأخرس فإن لم يكن له إشارة مفهومة، أو كتابة معقولة لم يصح ضمانه، وإن كان له إشارة مفهومة أو كتابة صح ضمانه، إذا حصل مع الكتابة إشارة مفهومه: أنه قصد الضمان.

فإن انفردت إشارته المفهومة بالضمان صح، وإن انفردت كتابته عن إشارة يفهم بها أنه قصد الضمان، لم يصح؛ لأن الكتابة قد تكون عبثا، وتجربة للقلم، وحكاية خط، فلم يثبت الضمان[٥]. وقد حكى الرافعى عن أبى الحسين: أن من الأصحاب

---

(١) تقدم .

(٢) ينظر حاشية الدسوقى (٣/ ٣٣٠)، والمغنى (٤/ ٥٩٨)، بدائع الصنائع (٦/ ٥)، ومغنى المحتاج (٢/ ١٩٨) .

(٣) ينظر شرح المختصر للقاضى أبى الطيب خ .

(٤) ينظر شرح المختصر للقاضى أبى الطيب خ، روضة الطالبين (٤/ ٢٤٢)، وحاشية ابن عابدين (٤/ ٢٦٣)، وحاشية الدسوقى (٣/ ٣٣٠)، والمغنى (٤/ ٦٠٠) .

(٥) ينظر الشامل خ، وشرح المختصر للقاضى أبى الطيب خ، والمغنى (٤/ ٦٠٠) .

من لم يصحح ضمان الأخرس بالإشارة، وقال: لا ضرورة بنا إليه، بخلاف سائر التصرفات، وأنه لو ضمن بالكتابة كان فى الصحة - أيضا - وجهان:

أظهرهما: الصحة، عند وجود القرينة المشعرة بالمقصود[1].

فرع: وأما المحجور عليه فإن كان لسفه، لم يصح ضمانه؛ لأنه إثبات مال فى ذمته، فلم يصح منه، كالبيع وغيره.

وإن كان محجورا عليه لفلس صح ضمانه؛ لأنه إثبات مال فى ذمته لا يزاحم الغرماء به، فصح منه[2].

فرع: ويصح الضمان من المرأة الجائزة التصرف.

وقال مالك: لا يصح، إلا أن يكون بإذن زوجها.

دليلنا: أن كل من لزمه الثمن فى البيع، والأجرة فى الإجارة، صح ضمانه، كالرجل.

فرع : وأما السكران بمحرم، فقد قال الماوردى: إن ضمانه صحيح - على الجديد - ويجىء قول آخر من القديم: إن ضمانه باطل.

وإن ضمن العبد دينا لغير سيده، فإن كان غير مأذون له فى التجارة، نظرت:

فإن كان بغير إذن سيده، فهل يصح ضمانه؟ فيه وجهان:

أحدهما: يصح ضمانه؛ لأنه مكلف، له قول صحيح، وإنما منع من التصرف فيما فيه ضرر على السيد، ولا ضرر على السيد فى ضمانه، فهو كما لو أقر لغيره بمال. وهذا قول ابن أبى هريرة، كما حكاه الماوردى وغيره.

فعلى هذا: يثبت فى ذمته إلى أن يعتق.

والثانى: لا يصح.

وهو الصحيح؛ لأنه إثبات مال لآدمى بعقد، فلم يصح من العبد بغيرإذن سيده، كالمهر، وهذا ما ذهب إليه ابن سريج، وبه قال الإصطخرى وجعله القاضى الحسين المذهب، وجعله الرافعى أصح الوجهين، وكلام القاضى أبى الطيب فى تعليقه يقتضى ترجيحه.

---

(١) ينظر كفاية النبيه خ، تتمة الإبانة خ، بحر المذهب خ .

(٢) ينظر الفتاوى الهندية (٥/ ٦٢)، شرح الزرقانى على مختصر خليل (٥/ ٢٦٦)، والمغنى لابن قدامة (٤/ ٥٩٩)، والشامل خ .

فقولنا: «لآدمى» احتراز من النذر.

وقولنا: «بعقد» احتراز من الإقرار؛ لأنه إخبار، ومن الجناية على غير سيده.

فإن قيل: قد حكى الغزالى: أن العراقيين ألحقوا شراء العبد بغير إذن سيده بثمن فى ذمته بشراء المفلس،[١] وكذلك حكاه القاضى أبو الطيب فى كتاب التفليس[٢].

ومقتضى ذلك: أن يكون الصحيح جوازه، وقد ذكرتم ههنا أن الصحيح عدم صحة الضمان بغير إذن السيد، مع أنه فى الموضعين أشغل ذمته بما لا ضرر على السيد فيه فى الحال، فكان القياس التسوية.

قلت: قد صار إلى التصحيح ههنا صاحب المرشد،[٣] وهو الذى يقتضيه كلام ابن الصباغ فإنه أخذ يذكر ما رد به القاضى أبو الطيب على القائل بهذا القول سؤالا، وقال: فإن قيل: إن فى الضمان إضرارا بالسيد؛ لأنه مستحق إرث ماله بالولاء إذا أعتقه، وثبوت الدين يمنع الإرث. وأجاب: بأن حكم الإرث لا يمنع الضمان بخلاف حكم الملك، ولهذا لا يمنع الإقرار، والملك يمنع الإقرار[٤].

ومنه يمكن أن يفرق بين الضمان والبيع من قال بتصحيح القول بعدم صحة الضمان بأن السيد وإن تضرر بتعلق الثمن بتركته بعد عتقه، فقد انجبر بدخول المبيع فى ملكه عاجلا، بخلاف دين الضمان، فإنه لا جابر له خصوصا إذا كان بغير إذن المضمون عنه لا عاجلا ولا آجلا.

على أن من حكى من العراقيين أن شراء العبد ملحق بشراء المفلس - وهو القاضى أبو الطيب - قد حكى ههنا: أن شراءه وإقراضه ملحق بضمانه.

وكذلك حكاه البندنيجى، وطرده فى عقود المعاوضات كلها من الصلح، والإجاره وغيرهما إلا النكاح، فإنه لا يصح وجها واحدا، وما قالاه مشكل بما ذكرنا من الفرق[٥].

فرع: وإن ضمن بإذن السيد، صح؛ لأن المنع منه لحق السيد، وقد أذن فيه،

---

(١) ينظر فتح العزيز (١٠/ ٣٦١).

(٢) ينظر شرح المختصر للقاضى أبى الطيب خ.

(٣) ينظر نهاية المطلب فى دراية المذهب خ.

(٤) ينظر الشامل خ.

(٥) ينظر كفاية النبيه خ، وشرح المختصر للقاضى أبى الطيب خ.

فإن أذن له أن يؤديه من كسبه، قضاه منه، وإن أطلق الإذن، ففيه وجهان:

أحدهما: يقضيه من كسبه، كما لو أذن له سيده فى النكاح، فإن المهر والنفقة يقضيان من كسبه.

والثاني: لا يقضيه من كسبه، ولكن يتبع به إذا عتق؛ لأن السيد إنما أذن فى الضمان دون القضاء - فتعلق ذلك بذمة العبد؛ لأنها محل للضمان، ويفارق المهر والنفقة، فإنهما يجبان عوضا عن الاستمتاع المعجل، فكان ما فى مقابلتهما معجلا.

وحكى أبو على السنجي وجها آخر: أنه يتعلق برقبته، وليس بشىء.

فرع : وإن كان العبد مأذونا له فى التجارة، فلا يخلو: إما أن يضمن بإذن السيد، أو بغير إذنه:

فإن كان ضمن بغير إذنه، نظرت:

فإن قال: ضمنت لك حتى أؤدى من هذا المال، لم يصح الضمان؛ لأن السيد إنما أذن له فى التجارة فيما ينمى المال، لا فيما يتلفه.

وإن ضمن له مطلقا، فهل يصح ضمانه؟ على الوجهين فى غير المأذون.

فإذا قلنا: لا يصح، فلا كلام.

وإن قلنا: يصح، فإنه لا يجوز له أن يقضى مما فى يده من مال التجارة، ولكن يثبت فى ذمته إلى أن يعتق.

وإن ضمن بإذن السيد، صح الضمان، فإن كان إذن السيد بالضمان مطلقا، فمن أين يقضى العبد دين الضمان؟ فيه وجهان:

أحدهما: من كسبه، أو مما فى يده للتجارة.

والثاني: يثبت فى ذمته إلى أن يعتق.

وإن أذن له السيد بالضمان فى المال الذى فى يده، فقال: ضمنت لك حقك الذى لك على فلان حتى أؤدى من المال الذى فى يدى - صح الضمان، ولزمه أن يؤدى من المال الذى فى يده للتجارة؛ لأن المنع منه لأجل السيد، وقد أذن، فجاز.

فإما إذا قال الحر: ضمنت لك دينك على فلان فى هذا المال، لم يصح الضمان.

والفرق بينهما: أن العبد ضمن الحق فى ذمته، وإنما علق الأداء فى مال بعينه، والحر لم يضمن الحق فى ذمته، وإنما ضمنه فى المال بعينه، فوزانه: أن يقول الحر: ضمنت لك دينك على فلان، وأزنه من هذا المال، فيصح الضمان، فإن كان

على المأذون له دين يستغرق ما بيده، ثم أذن له السيد بالضمان والقضاء مما فى يده من مال التجارة، أو قلنا: يلزمه القضاء منه على أحد الوجهين - فهل يشارك المضمون له الغرماء؟ فيه وجهان:

أحدهما: يشاركهم؛ لأن المال للسيد، وقد أذن بالقضاء منه، إما بصريح القول، أو من جهة الحكم.

والثانى: لا يشاركهم؛ لأن حقوق أصحاب الديون متعلقة بما فى يده، فصار ذلك كالمرهون بحقوقهم، ألا ترى أن السيد لو أراد أخذ ذلك قبل قضاء الغرماء، لم يكن له ذلك؟

فرع: إذا قلنا: يتعلق الضمان بمال التجارة، فهل يتعلق بما يكسبه من بعد الضمان؟ أم به؟ وبما فى يده من الربح الحاصل من قبل؟ أو بهما وبرأس المال؟ فيه ثلاثة أوجه، أقيسها: الثالث[1].

ومحل الخلاف: إذا لم يكن على المأذون دين، أما إذا كان قد حجر عليها الحاكم، فلا يتعلق بما فى يده وجها واحدا[2].

وإن وجد الدين دون الحجر فثلاثة أوجه:

أحداهما: أنه يتعلق بها، ويشارك الغرماء.

والثانى: لا تعلق له بما فى يده أصلا؛ لأنه كالمرهون بحقوق الغرماء.

الثالث: أنه يتعلق بما فى يده، لكن حقوق الغرماء تقدم، فإن فضل من المال عنها شيء، أو سقطت حقوق الغرماء - أى بسبب من الأسباب - وفى منه دين الضمان[3].

وحكم المدبر، وأم الولد، حكم القن، ومن بعضه حر وبعضه رقيق كذلك، إن لم يكن بينهما مهايأة، أو كانت ووقع الضمان فى نوبة السيد.

قال الرافعى: وكان يجوز أن يقال: إلزامه بالضمان كإلزامه بالشراء، فيصح ويختص به، ويجوز أن يخرج على الخلاف فى أن المؤن، والأكساب النادرة، هل

---

(١) ينظر روضة الطالبين (٤/ ٢٤٣)، وتتمة الإبانة خ .

(٢) ينظر فتح العزيز (١٠/ ٣٦٢)، الابتهاج فى شرح المنهاج خ .

(٣) ينظر نهاية المطلب خ .

تدخل فى المهايأة ؟

ولو ضمن فى نوبته صح بلا خلاف.

وفى تعليق القاضى حسين فيما إذا لم يكن بينهما مهايأة فى صحة ضمانه وجهان مبنيان على أنه هل يورث عنه أم لا؟ فإن قلنا: يورث عنه صح[١].

فرع: وإن كان فى ذمة العبد دين، فضمن عنه ضامن، صح الضمان؛ لأن الدين الذى فى ذمته لازم، وإنما لا يطالب به لعجزه فى حال رقه، فصح الضمان عنه، كالدين على المعسر.

قال الصيمرى: لو ثبت على عبده دين بالمعاملة، فضمنه عنه سيده، صح ضمانه؛ كالأجنبى.

فرع: وأما إذا ضمن المكاتب دينا على غيره، فإن كان بغير إذن السيد، فهل يصح؟ فيه وجهان، كما قلنا فى العبد القن.

فإن قلنا: لا يصح، فلا كلام.

وإن قلنا: يصح، كان ذلك فى ذمته إلى أن يعتق.

وإن ضمن بإذن سيده، فإن قلنا: يجوز للمكاتب أن يهب شيئا من ماله بإذن سيده، صار كالعبد المأذون له إذا ضمن بإذن سيده على ما مضى.

وإن قلنا: لا يجوز للمكاتب أن يهب شيئا لغيره بغير إذن سيده، فالذى يقتضى المذهب: أن يصح الضمان، ويتبع به إذا عتق، ولا يقضى من المال الذى بيده قبل أداء الكتابة.

فرع: إذا ضمن العبد بإذن سيده، وأدى فى حال رقه، فحق الرجوع يثبت للسيد، وإن أداه بعد العتق فحق الرجوع للعبد، على أصح الوجهين[٢].

وفى الثانى: هو للسيد، فيرجع حاصل الخلاف إلى أن العبرة بحال الضمان أو بحال الأداء؟

وعلى ذلك يخرج ما لو ضمن دينا عن سيده، وأداه بعد العتق، فإن قلنا: حق

---

(١) ينظر روضة الطالبين (٤/٢٤٣)، مغنى المحتاج (٢/١٩٩)، أسنى المطالب (٢/٢٣٧)، كفاية النبيه خ، الابتهاج خ .

(٢) ينظر روضة الطالبين (٤/٢٤٤)، فتح العزيز (١٠/٣٦٢) .

الرجوع للسيد، لم يرجع عليه العبد، كما صار إليه القاضى أبو حامد.

وإن قلنا: إنه للعبد، رجع، كما صار إليه ابن سريج.

وعلى ما أشرت إليه من المأخذ، يخرج ما لو ضمن السيد عن عبده مالا، وأداه بعد عتقه، هل يرجع عليه أم لا؟ كما صرح به الماوردى.

فعلى رأى أبى العباس: يرجع؛ اعتبارا بحال الأداء.

وعلى رأى القاضى أبى حامد: لا يرجع؛ اعتبارا بحال الضمان، فإن السيد لا يثبت له على عبده دين ابتداء.

وفى الوسيط: الجزم فى هذه الصورة بالرجوع.

وحكى أن رأى الأصحاب فيما لو أدى قبل العتق: أنه يرجع، وأن فيه نظر من حيث إن فيه إثبات دين السيد على عبده فى دوام الرق

فرع: ولو ضمن العبد دينا لسيده، لم يصح[1].

وفى الحاوى: حكايته عن ابن سريج: أنه يصح، ويطالب به إذا أعتق، ثم قال: إن كان ابن سريج يقول فى مبايعة السيد لعبده مثل ما يقوله فى الضمان، فقد جرى على القياس، وكان لقوله وجه، وإن كان يمنع من مبايعته فقد ناقض وفسد مذهبه[2].

قال المصنف - رحمه الله تعالى -:

(فصل) ويصح الضمان من غير رضا المضمون عنه؛ لأنه لما جاز قضاء دينه من غير رضاه، جاز ضمان ما عليه من غير رضاه.

واختلف أصحابنا فى رضا المضمون له:

فقال أبو على الطبرى: يعتبر رضاه؛ لأنه إثبات مال فى الذمة بعقد لازم، فشرط فيه رضاه؛ كالثمن فى البيع.

وقال أبو العباس: لا يعتبر؛ لأن أبا قتادة ضمن الدين عن الميت بحضرة النبى، ولم يعتبر النبى ﷺ رضا المضمون له.

(فصل) وهل يفتقر إلى معرفة المضمون له، والمضمون عنه؟ فيه ثلاثة أوجه:

---

(١) ينظر أسنى المطالب (٢/ ٢٣٧)، ونهاية المحتاج (٣/ ٤٣٦).
(٢) ينظر كفاية النبيه خ.

أحدها: أنه يفتقر إلى معرفة المضمون عنه، ليعلم أنه هل هو ممن يسدى إليه الجميل؟ ويفتقر إلى معرفة المضمون له، ليعلم هل يصلح لمعاملته، أم لا يصلح؟ كما يفتقر إلى معرفة ما تضمنه من المال هل يقدر عليه، أم لا يقدر عليه؟

والثانى: أنه يفتقر إلى معرفة المضمون له؛ لأن معاملته معه، ولا يفتقر إلى معرفة المضمون عنه؛ لأنه لا معاملة بينه وبينه.

والثالث: أنه لا يفتقر إلى معرفة واحد منهما؛ لأن أبا قتادة ضمن عن الميت، ولم يسأله النبى ﷺ عن المضمون له، والمضمون عنه.

(فصل) وإن باعه بشرط أن يضمن الثمن ضامن، لم يجز حتى يعين الضامن؛ لأن الغرض يختلف باختلاف من يضمن، كما يختلف باختلاف ما يرهن من الرهون.

وإن شرط أن يضمنه ثقةً، لم يجز حتى يعين؛ لأن الثقات يتفاوتون، فإن لم يف له بما شرط من الضمين، ثبت للبائع الخيار؛ لأنه دخل فى العقد بشرط الوثيقة، ولم يسلم له الشرط، فثبت له الخيار، كما لو شرط له رهنًا، ولم يف له بالرهن.

وإن شرط أن يشهد له شاهدين، جاز من غير تعيين؛ لأن الأغراض لا تختلف باختلاف الشهود، فإن عين له شاهدين، فهل يجوز إبدالهما بغيرهما؟ فيه وجهان:

أحدهما: لا يجوز؛ كما لا يجوز فى الضمان.

والثانى: يجوز؛ لأن الغرض لا يختلف.

(الشرح) قوله: «يُسْدَى إليه الجميل»[1] أى: يُصاب بفعله الجميل، يقال: طلبت أمرًا فأسديته أى: أصبته، وإن لم تصبه قلت: أغمسته[2].

قوله: «يضمنه ثقة»[3] الثقة: هو الأمين، يقال: وثق به: ائتمنه، وهو محذوف الفاء، مثل شِيَةٍ وَعِدَةٍ.

الأحكام: يصح الضمان من غير رضا المضمون عنه؛ لأن عليا وأبا قتادة ضمنا عن الميتين بحضرة النبى ﷺ، والميت لا يمكن رضاه.

---

(١) ينظر: النظم (١/ ٢٧٧).
(٢) ينظر: الصحاح (سدى).
(٣) ينظر: النظم (١/ ٢٧٧).

ولأنه لما جاز له أن يقضى الدين بغير إذنه، جاز أن يضمن عنه الدين بغير إذنه.

وأما المضمون له: فهل يعتبر رضاه؟

فيه ثلاثة أوجه، مجموعة من كلام الماوردى وغيره، كما سيظهر لك.

أحدها: أن تمام الضمان موقوف على قبوله فى الحال؛ لأن الضمان عقد وثيقة يفتقر إلى لفظ الضامن بالضمان، فافتقر إلى لفظ المضمون له بالقبول، كالرهن.

وهذا ما نسبه البندنيجى إلى ابن سريج، وكذلك الماوردى.

وقال: إن أبا على الطبرى، صرح بهذا القول فى إفصاحه، وهو الذى جزم به المحاملى[1].

والثانى: حكاه ابن أبى هريرة عن بعض شيوخه، على ما حكاه الماوردى: أن رضاه شرط دون القبول باللفظ؛ لأنه لو كان شرطا لاعتبرت المواجهة فيه، وقد ضمن على وأبو قتادة دين الميت مع غيبة صاحبه.

فعلى هذا، إن رضى المضمون له بقول صريح، أو فعل دال على الرضا فى مجلس الضامن - جاز، وإن تراخى عن حال الضمان، فإن لم يوجد منه الرضا حتى فارق المجلس، فلا ضمان، وللضامن أن يرجع فى ضمانه وإن رضى المضمون له.

والثالث: وهو المذكور فى الشامل، وتعليق القاضى أبى الطيب وغيرهما بدلا من الوجه الأول أنه لا يشترط رضا المضمون له، ونسبوه إلى ابن سريج[2].

وأن وجهه: أن عليا وأبا قتاده ضمنا الدينارين و الدرهمين عن الميت، ولم يستأذنا المضمون له. ونسبوا الثانى إلى قول أبى على الطبرى، وهذا ترتيب العراقيين[3].

أما صاحب البيان: فحكى فى المسألة وجهين قائلا:

وأما المضمون له: فهل يعتبر رضاه؟ فيه وجهان:

---

(١) ينظر شرح فتح القدير مع العناية (٧/ ٢٠١، ٢٠٢)، حاشية رد المحتار (٥/ ٢٦٩)، بدائع الصنائع (٦/ ٦).

(٢) ينظر الشامل خ، وشرح المختصر للقاضى أبى الطيب خ، وينظر حاشية الدسوقى على الشرح الكبير (٣/ ٣٣٤)، والتاج والإكليل (٥/ ١٠١)، والمغنى (٥/ ٧)، وشرح منتهى الإرادات (٢/ ٢٤٨)، فتح القدير (٧/ ٢٠١).

(٣) ينظر كفاية النبيه خ، وشرح المختصر للقاضى أبى الطيب خ، والشامل خ.

أحدهما: قال أبو على الطبرى: يعتبر رضاه.

وبه قال أبو حنيفة، ومحمد، إلا فى مسألة واحدة، وهو إذا قال المريض لبعض ورثته: اضمن عنى دينا لفلان الغائب، فضمن عنه بغير إذن المضمون له وإن لم يسم الدين استحسانا؛ لأنه إثبات مال لآدمى، فلم يصح إلا برضاه، أو من ينوب عنه، كالبيع له والشراء.

فقولنا: «لآدمى» احتراز من النذر.

والثانى: قال أبو العباس: يصح من غير رضاه، ولم يذكر الشيخ أبو حامد غيره.

وبه قال أبو يوسف؛ لأن عليا وأبا قتادة ضمنا الدين بحضرة النبى ﷺ ولم يعتبر النبى ﷺ رضا المضمون له.

ولأن الضمان وثيقة بالحق فلم يفتقر إلى رضا من له الوثيقة؛ كما لو أشهد من عليه الدين بنفسه، صحت الشهادة وإن لم يرض المشهود له.

وقال ابن الرفعة فى الكفاية: وسلك الإمام فى الترتيب طريقا آخر، فقال: لم يختلف أصحابنا فى أنه لا يشترط رضا المضمون عنه لصحة الضمان، وهل يشترط رضا المضمون له؟ فيه وجهان: -

أحدهما: نعم.

والثانى - وهو الذى ذهب إليه الأكثرون -: لا.

لكن على هذا لا يلزم المضمون له قبول ما يحضره الضامن، إن كان بغير إذن المضمون عنه، وإن كان فى صورة يثبت للضامن الرجوع بما غرم وجب، وإن كان بإذن المضمون عنه حيث لا يثبت له الرجوع كما سنذكره - ففى اللزوم وجهان:

والأشهر: أنه ليس له الامتناع، وهما مبنيان على أن المؤدى يقع فداء أو موهوبا ممن عليه الدين؟

إن قلنا بالثانى، لم يكن له الامتناع،[1] وعلى القول باشتراط الرضا، هل يشترط القبول؟ فيه وجهان خرجهما الشيخ أبو محمد من اشتراط القبول فى الوكالة؛ لأن كل واحد منهما يجدد سلطة لم تكن مع أن أصل الحق ثابت.

وعلى القول بعدم اشتراط الرضا والقبول، لا يضر تقدم الرضا المعتبر على

---

(١) ينظر روضة الطالبين (٤/ ٢٤٠)، فتح العزيز (١٠/ ٣٥٩).

الضمان بزمان متطاول، ولو تأخر الرضا عن الضمان، كان فى حكم الإجازة إذا جوزنا وقف العقود[١] .

فصل:

وهل من شرط صحة الضمان معرفة الضامن المضمون له والمضمون عنه؟

فيه ثلاثة أوجه:

أحدها: لابد من أن يعرفهما.

ووجهه: هو أن الضمان تبرع عن المضمون عنه؛ فيحتاج إلى معرفته به؛ ليعلم على من يتبرع وإلى من يسدى الجميل.

فأما المضمون له؛ فليعرف معاملته بمعرفته، ويعرف ظلمه من إنصافه؛ كما يحتاج إلى معرفة الحق المضمون.

والثانى: أنه لا يحتاج إلى معرفة ذلك؛ لما قدمناه من حديث على - كرم الله وجهه - وأبى قتادة، فإنهما ضمنا لمن لا يعرفانه عمن لم يعرفاه[٢] .

ولم يسأل النبى ﷺ هل يعرفان عين المضمون له والمضمون عنه، أم لا؟ ولو كان الحكم يختلف بذلك، لبينه النبى ﷺ.

ولأن الواجب أداء الحق؛ فلا حاجة إلى معرفة ما سوى ذلك.

والثالث: أنه يجب معرفة المضمون له خاصة؛ لما يحصل بينهما من المعاملة دون المضمون عنه؛ لأنه لا معاملة بينهما فى ذلك.

قال المحاملى: فإذا قلنا بهذا: افتقر إلى قبوله، فإن قبل.. لزم الضمان، وإن رد، بطل، وإن رجع الضامن قبل قبول المضمون له، صح رجوعه.

هذا: وقد جزم المصنف فى التنبيه بأنه لا يصح الضمان حتى يعرف الضامن المضمون له، وعلل ابن الرفعة ذلك بأن الناس متفاوتون فى الاقتضاء والاستيفاء: تشديدا، وتسهيلا، والأغراض تختلف بذلك؛ فلذلك اشترطت معرفته، كما اشترطت معرفة قدر الدين؛ لاختلاف الغرض به.

---

(١) ينظر كفاية النبيه خ .

(٢) ينظر مواهب الجليل (٥/ ١٠٠)، والمغنى (٤/ ٥٩١)، والشرح الكبير ٣/ ٣٣٤، والبحر الرائق (٦/ ١٣٥)، فتح القدير على الهداية (٧/ ١٨٣)، وحاشية ابن عابدين (٤/ ٢٧٨)، وكفاية النبيه خ، وشرح المختصر للقاضى أبى الطيب خ .

قال ابن الرفعة: وهذا ما ذهب إليه أبو على بن أبى هريرة من غير اشتراط معرفة المضمون عنه، واختاره فى المرشد، وصححه الرافعى،[١] وحكى البندنيجى أنه المنصوص عليه فى اختلاف العراقيين[٢] .

وقيل: يشترط معرفة المضمون عنه - أيضا - لينظر هل هو ممن يستحق إسداء الجميل إليه والمعونة أو لا؟ وهل هو موسر وممن يتوقع منه المسارعة إلى وفاء الدين أو لا؟ وذلك مما يختلف الغرض به وهذا قول المزنى.

وقيل: لا يشترط معرفة واحد منهما، وهو قول ابن سريج؛ لأن عليا وأبا قتادة ضمنا دين من لم يعرفاه، مع قوله - تعالى -: ﴿وَلِمَن جَآءَ بِهِۦ حِمۡلُ بَعِيرٖ وَأَنَا۠ بِهِۦ زَعِيمٞ﴾ [يوسف: ٧٢]، ومن يجىء به غير معروف؛ كذا قاله الماوردى مع أنه حكى فى موضع آخر: أن المضمون عنه كان من أهل الصفة، واستدل له القاضى أبو الطيب من حديث على وأبى قتادة بأنه - ﷺ - لم يسألهما عن معرفتهما بصاحب الدين ولا بالميت انتهى كلام ابن الرفعة[٣] .

فصل: وإن باع رجل من غيره عبدا بثمن فى ذمته، بشرط أن يضمن له بالثمن ضامن معين - صح البيع والشرط؛ لأن الحاجة تدعو إلى شرط الضمين فى عقد البيع، فإن لم يضمن له الضمين المعين، ثبت للبائع الخيار فى فسخ البيع؛ لأنه إنما دخل فى البيع بهذا الشرط، فإذا لم يف له المشترى بالشرط، ثبت للبائع الخيار.

وإن أتاه المشترى بضمين غير الضمين المعين، لم يلزم البائع قبوله، بل يثبت له الخيار، وإن كان الذى جاءه به أملأ من المعين؛ لأنه قد يكون له غرض فى ضمان المعين.

وإن شرط فى البيع أن يضمن له بالثمن ثقة، لم يصح الشرط، وبطل البيع؛ لأن الثقات يتفاوتون، وإذا كان الشرط مجهولا بطل البيع.

فرع: وإن باعه سلعة بثمن، بشرط أن يُشهِد له شاهدين، جاز من غير تعيين، وكان عليه أن يشهد له شاهدين عدلين؛ لأن الأغراض لا تختلف باختلاف الشهود، فإذا لم يشهد له ثبت لصاحبه الخيار فى فسخ البيع.

---

(١) ينظر فتح العزيز (١٠/ ٣٥٩) .
(٢) ينظر اختلاف العراقيين مطبوع مع كتاب الأم (٣/ ٢٠٥) .
(٣) ينظر كفاية النبيه خ، وشرح المختصر للقاضى أبى الطيب خ .

وإن باعه بشرط أن يشهد له شاهدين معينين، فأشهد له شاهدين عدلين غير المعينين، فهل يسقط خيار الآخر؟ فيه وجهان:

أحدهما: لا يلزم الآخر قبول ذلك، بل يثبت له الخيار فى فسخ البيع، كما قلنا فى الضمين المعين.

والثانى: يلزم قبول ذلك، ولا خيار له؛ لأنه لا غرض له فى أعيان الشهود إذا حصلت العدالة.

ولهذا قلنا: لابد فى شرط الضمين من تعيينه، وفى الشهادة يجوز شرط شاهدين عدلين وإن كانا غير معينين.

والذى يقتضى المذهب: أن هذا الشرط فى الشهادة يصح أن يكون وثيقة لكل واحد من المتبايعين، ويثبت لكل واحد منهما الخيار إذ اشرط ذلك على الآخر، ولم يف الآخر له بذلك؛ لأن للبائع غرضا فى الاستيثاق بالشهادة خوفا أن يستحق عليه الثمن، فيرجع به، وللمشترى غرض فى الاستيثاق بالشهادة خوفا أن يستحق عليه المبيع، فيرجع بالثمن على البائع.

قال المصنف - رحمه الله تعالى -:

(فصل) ويصح ضمان كل دين لازم: كالثمن، والأجرة، وعوض القرض، ودين السلم، وأرش الجناية، وغرامة المتلف؛ لأنه وثيقة يستوفى منها الحق، فصح فى كل دين لازم؛ كالرهن.

وأما ما لا يلزم بحال، وهو دين الكتابة، فلا يصح ضمانه؛ لأنه لا يلزم المكاتب أداؤه، فلم يلزم ضمانه، ولأن الضمان يراد لتوثيق الدين، ودين الكتابة لا يمكن توثيقه؛ لأنه يملك إسقاطه إذا شاء فلا معنى لضمانه.

وفى مال الجعالة، والثمن فى مدة الخيار ثلاثة أوجه:

أحدها: لا يصح ضمانه؛ لأنه دين غير لازم، فلم يصح ضمانه؛ كدين الكتابة.

والثانى: يصح؛ لأنه يئول إلى اللزوم، فصح ضمانه.

والثالث: يصح ضمان الثمن فى مدة الخيار، ولا يصح ضمان مال الجعالة؛ لأن عقد البيع يئول إلى اللزوم، وعقد الجعالة لا يلزم بحال.

فأما المال المشروط فى السبق، والرمى؛ ففيه قولان:

أحدهما: أنه كالإجارة، فيصح ضمانه.

والثانى: أنه كالجعالة، فيكون فى ضمانه وجهان.

(الشرح) الأحكام: قال المزنى - رحمه الله -: وكذلك كل ضامن فى دين، وكفالة بدين، وأجرة، وضمان عهدة، وأرش جرح، ودية نفس.

وجملة ذلك: أن الحقوق على أربعة أضرب:

حق لازم مستقر: كالثمن بعد قبض المبيع، والأجرة بعد انقضاء المدة، والمهر بعد الدخول - فهذا يصح ضمانه[1].

والثانى: لازم غير مستقر: كالثمن قبل القبض، والمهر قبل الدخول، والأجرة قبل انقضاء المدة - فهذا يصح ضمانه؛ لأنه لازم فى الحال، وإن جاز أن يسقط، كما يجوز أن يسقط المستقر بالقضاء، والإبراء، وبالرد بالعيب وغير ذلك، وكذلك المسلم فيه وحكى عن أحمد فى إحدى الروايتين: أنه قال: لا يصح ضمانه؛ لأنه يؤدى إلى استيفاء المسلم فيه من غير المسلم إليه، فلا يجوز؛ كالحوالة[2].

ودليلنا: أنه دين لازم فصح ضمانه؛ كالقرض، ولا يشبه الحوالة؛ لأنه يطالب فيها ببدل الحق، وفى الضمان، يطالب بنفس الحق[3].

هذا وقد أجمل ابن الرفعة القول فى هذا الضرب والذى قبله، فقال:

يصح ضمان كل دين لازم كثمن المبيع، أى سواء كان منفعة أو عينا، قبض، أو لم يقبض، ودين السلم، وأرش الجناية، أى: إذا كان نقدا؛ لأنه وثيقة يستوفى منها الحق، فصحت فى كل دين لازم، وإن لم يكن مستقرا؛ كالرهن، والمراد باللازم - كما صرح به الماوردى -: ما يلزم إقباضه عند المطالبة، وبهذا التفسير يصح ضمان الأجرة، فى الإجارة قبل استيفاء المنفعة، وبالصداق قبل الدخول، وبنفقة القريب بعد الوجوب فى ابتداء النهار، اعتبارا بلزومها وقت الضمان وإن كانت قد تسقط بمضى الوقت، كما صرح به البندنيجى.

وفى التتمة حكاية وجه آخر: أنه لا يصح ضمان نفقة القريب؛ لأنه ليس طريقها طريق الديون.

---

(١) ينظر تحفة المحتاج (٢/ ٢٦٦)، بدائع الصنائع (٦/ ٧)، والشرح الكبير (٣/ ٣٣٣)، والمغنى (٤/ ٥٩٣)، ومغنى المحتاج (٢/ ٢٠٢).

(٢) ينظر المغنى (٤/ ٥٩٥).

(٣) ينظر السابق.

وفى الحاوى حكاية وجه فى ثمن المبيع إذا لم يقبض، وفى الأجرة إذا لم يستوف المنفعة، وفى الصداق قبل الدخول: أن حكم ذلك حكم ثمن المبيع فى زمن الخيار، وسنذكره. انتهى كلام ابن الرفعة[١] .

والثالث: ما ليس بلازم ولا يئول إلى اللزوم، وذلك مثل مال الكتابة - فإنه لا يجبر العبد على دفعه، والضامن فرعه، والضمان هو الالتزام فإذا لم يلزم الأصل، لم يلزم الفرع[٢] .

وان كان على المكاتب دين لأجنبى، صح ضمانه؛ لأنه دين لازم عليه، وإن كان عليه لسيده دين من جهة غير جهة الكتابة، فهل يصح ضمانه؟ فيه وجهان:

أحدهما: يصح ضمانه؛ لأنه يجبر على أدائه.

والثانى: لا يصح ضمانه؛ لأنه قد يعجز نفسه، فيسقط ما فى ذمته لسيده. وأصلهما الوجهان، هل يستدام ثبوت الدين فى ذمته لسيده بعد أن يصير ملكا له؟ فيه وجهان.

فإن قلنا: يستدام ثبوته، صح ضمانه.

وإن قلنا: لا يستدام ثبوته، لم يصح ضمانه.

والرابع: ألا يكون لازما إلا أنه يئول إلى اللزوم، مثل: الجعالة إذا قال: من رد عبدى الآبق فله درهم - ففى هذا وجهان[٣] .

أحدهما: أنه لا يصح ضمانه؛ لأن عقد الجعالة لا يئول إلى اللزوم، ألا ترى أنه لا يلزم العامل العمل به ولا المعمول له؟ ويفارق عقد البيع المشروط فيه الخيار، فإنه يئول العقد إلى اللزوم.

والثانى: أنه يصح ضمانه؛ لقوله تعالى: ﴿وَلِمَن جَآءَ بِهِۦ حِمۡلُ بَعِيرٖ وَأَنَا۠ بِهِۦ زَعِيمٞ﴾ [يوسف: ٧٢][٤] .

فضمن المنادى مال الجعالة، وحمل البعير معلوم.

ومن قال بالأول، قال: لم يضمن المنادى، وإنما أخبر عن الملك: أنه بذل لمن

---

(١) ينظر كفاية النبيه خ .
(٢) ينظر الشامل خ .
(٣) ينظر روضة الطالبين (٤/ ٢٥٠)، وفتح العزيز (١٠/ ٣٦٩) .
(٤) ينظر كفاية النبيه خ، والشامل خ .

رده حمل البعير، وأن الملك قال: وأنا به زعيم.

وأما ضمان ثمن المبيع فى مدة الخيار، فاختلف أصحابنا فيه:

فمنهم من قال: فيه وجهان؛ كمال الجعالة قبل العمل.

ومنهم من قال: يصح ضمانه وجها واحدا؛ لأنه يئول إلى اللزوم، ولأن الثمن قد لزم، وإنما له إسقاطه بالفسخ، بخلاف مال الجعالة، فإنه لا يلزم بحال.

ثم محل الخلاف فى الثمن: إذا كان الخيار للمشترى وحده، أو لهما، أما إذا كان لبائع وحده صح وجها واحدا، صرح به المتولى[1].

ذكره ابن الرفعة فى الكفاية ثم قال: وأشار الإمام إلى أن محل الصحة إذا قلنا: إن الملك ينتقل بنفس العقد، أما إذا قلنا: لا ينتقل، فهو ضمان ما لم يجب، وقد حكينا عنه مثل ذلك فى الرهن.

ومحل الخلاف فى مال الجعالة على ما حكاه البندنيجى هنا، والمتولى، والقاضى الحسين: بعد الشروع فى العمل[2].

وقال القاضى: لا خلاف فى عدم الصحة قبل الشروع.

والذى حكاه ابن يونس واقتضاه تصوير ابن الصباغ المسألة: أن محله قبل الشروع فى العمل، وهو ما اقتضاه كلام البندنيجى فى صحة الرهن به، كما حكيته فى الرهن.

وقد حكى الإمام عن شيخه أنه خرج ضمان الجعل قبل العمل، على الخلاف فى ضمان ما لم يجب، ولكن جرى سبب وجوبه[3].

فرع: وأما مال السبق والرمى بعد العمل: فيصح ضمانه؛ لأنه دين لازم مستقر، فهو كالمهر بعد الدخول، وأما قبل العمل: فإن كان المخرج للسبق أحدهما، أو أجنبيا، فهل يصح ضمانه؟ فيه وجهان، كمال الجعالة.

وإن كان مال السبق منهما، وبينهما محلل، فإن قلنا: إن ذلك كالإجارة، صح ضمانه، كضمان الأجرة قبل انقضاء مدة الإجارة.

---

(١) ينظر تتمة الإبانة خ .

(٢) ينظر السابق .

(٣) ينظر كفاية النبيه خ .

وإن قلنا: إنها كالجعالة، كان فى ضمان المال عنهما، أو عن أحدهما وجهان؛ كمال الجعالة.

فرع: وأما أرش الجناية والدية: فإن كان دراهم، أو دنانير، مثل: أن جنى على عبد، أو كانت الإبل معدومة، فأوجبنا قيمتها وكانت معلومة، أو قلنا: يجب ألف مثقال، أو اثنا عشر ألف درهم - صح ضمانها، فإن كان الواجب الإبل، فهل يصح ضمانها؟ فيه وجهان، بناء على القولين فى جوازبيعها، وسيأتى بيان ذلك.

فرع: وأما ضمان نفقة الزوجة: فإن ضمن عنه نفقة مدة قد مضت، صح ضمانها؛ لأنه دين لازم مستقر؛ فهى كالمهر بعد الدخول، وإن ضمن عنه نفقة يومه الذى هو فيه، صح أيضا؛ لأنه دين لازم، فصح ضمانه وإن كان غير مستقر، كضمان المهر قبل الدخول.

وإن ضمن عنه نفقة مدة مستقبلة معلومة، فهل يصح؟ فيه قولان، بناء على أن النفقة تجب بالعَقد، أو بالعقد والتمكين من الاستمتاع.

فقال فى القديم: تجب بالعقد، وإنما يجب استيفاؤها يوما بيوم.

فعلى هذا: يصح أن يضمن نفقة مدة معلومة، ولكن لا يضمن إلا نفقة المعسر، وإن كان الزوج وقت الضمان موسرا؛ لأن نفقة المعسر متحققة، وما زاد على ذلك مشكوك فيه.

وقال فى الجديد: لا تجب النفقة إلا بالعقد والتمكين من الاستمتاع.

فعلى هذا: لا يصح أن يضمن نفقة مدة مستقبلة بحال.

قال المصنف - رحمه الله تعالى -:

(فصل) ولا يجوز ضمان المجهول؛ لأنه إثبات مال فى الذمة بعقد لآدمى، فلم يجز مع الجهالة؛ كالثمن فى البيع.

وفى إبل الدية وجهان:

أحدهما: لا يجوز ضمانه؛ لأنه مجهول اللون، والصفة.

والثانى: أنه يجوز؛ لأنه معلوم السن، والعدد، ويرجع فى اللون والصفة إلى عرف البلد.

(فصل) ولا يصح ضمان ما لم يجب، وهو أن يقول: ما تداين فلان، فأنا ضامن له؛ لأنه وثيقة بحق فلا يسبق الحق؛ كالشهادة.

(الشرح) الأحكام: لايصح ضمان مال مجهول، أى: مثل أن يقول: ضمنت لك مالك على فلان، وهو لا يعرفه؛ لأنه إثبات مال فى الذمة لآدمى بعقد لازم، فلا يصح مع الجهالة، كالثمن فى المبيع(١).

واحترزنا بقولنا: «فى الذمة» عمن غصب من رجل شيئا مجهولا، وبقولنا: «بعقد» عمن أتلف على غيره مالا مجهولا، أو وطئ امرأة بعقد فاسد.

وقيل: يصح ضمان إبلَ الدية وإن كانت مجهولة؛ لأنها معلومة السن، والعدد، والمرجع فى الصفة واللون إلى عرف البلد، وهذا خرجه من صحة الصلح عنها وإصداقها، وهذا الخلاف فى الجديد.

وأما فى القديم: فيجوز ضمان المجهول، إذا أمكن تقدير الإحاطة به، بأن قال: ما بعت من فلان، فأنا ضامن لثمنه(٢).

فرع: لو قال: ضمنت لك الدراهم التى على فلان، وهو لا يعر ف قدرها، فلا يصح - على الجديد - فيما زاد على ثلاثة دراهم، وفى قدر الثلاثة وجهان(٣).

فرع: فى «التتمة»: لو قال: ضمنت لك من واحد إلى عشرة، ففى الصحة وجهان على الجديد(٤).

وإذا صح - كما هو الأصح فى الرافعى(٥) - وكان على المضمون أكثر من عشرة، فيلزمه عشرة، إدخالا للطرفين فى الملتزم، وهى طريقة من يدخل الحد فى المحدود.

أو ثمانية، منعا لإدخال الطرفين، وهى طريقة من لا يدخل الحد فى المحدود.

أو تسعة، إدخالا للطرف الأول دون الثانى؟ فيه ثلاثة أوجه، أصحها فى «التهذيب» الأول.

---

(١) ينظر الموضح للتنبيه خ، والعناية على الهداية (٧/ ١٨١)، والمغنى (٥/ ٧٢)، والمحلى (٨/ ١١٧).

(٢) ينظر فتح العزيز (١٠/ ٣٧١)، والأم (٣/ ١٩٦)، ومغنى المحتاج (٢/ ٢٠٣)، بدائع الصنائع (٦/ ٩)، والشرح الكبير (٣/ ٣٣٤)، ومواهب الجليل (٥/ ١٠٠)، والمغنى (٥/ ٧٢)، وشرح منتهى الإرادات (٢/ ٢٤٨).

(٣) ينظر كشاف القناع (٣/ ٣٦٧).

(٤) ينظر تتمة الإبانة خ.

(٥) ينظر فتح العزيز (١٠/ ٣٧١).

فرع : لو قال: ضمنت لك ما بين الدرهم والعشرة وعرف أن دينه لا ينقص عن عشرة - صح، وكان ضامنا لثمانية. وإن لم يعرف، ففى صحة الضمان الوجهان فى المسألة قبلها(١) .

فرع : ولا يجوز ضمان ما لم يجب، مثل: أن يقول: ضمنت لك ما تقرضه لفلان من الدراهم من درهم إلى ألف، أو ثمن ما تبيعه منه؛ لأن الضمان وثيقة بالدين، فلم يصح قبل ثبوته، كالشهادة، وقد اختار الشيخ أبو حامد هذا الطريق(٢) .

وحكى هو وغيره طريقا آخر عن ابن سريج: أن فى المسألة قولين، وادعى الرافعى أنه أشهر من الأول.

أحدهما: ما ذكرناه، وهو الجديد(٣) .

والثانى: وهو القديم: الصحة؛ لأنه قد تمس الحاجة إليه(٤) .

ومن تمام تفاريع القول القديم أمور:

أحدها: أنه إذا قال: ضمنت لك ما تبيعه من فلان، فباع منه الشىء بعد الشىء - كان ضامنا للكل، بخلاف ما لو قال: إذا بعت من فلان فأنا ضامن، حيث لا يكون ضامنا إلا لثمن ما باعه أولا.

قال صاحب «الكفاية»: وفرق الإمام بينهما بما لا يكاد يسلم له، وهو أن «ما» من أدوات الشرط، فتقتضى التعميم، «وإذا» ليست من أدوات الشرط، فلا تشعر بالتعميم أصلا.

الثانى: إذا شرطنا معرفة المضمون له عند ثبوت الدين فهاهنا أولى، وإن لم نشترطها فهاهنا وجهان، وكذا معرفة المضمون عنه.

الثالث: لايطالب الضامن مالم يلزم الدين على الأصل(٥) .

إذا ثبت هذا: فقد حقق العمرانى الخلاف فى مسألتى ضمان المجهول، وضمان ما لم يجب، فقال:

---

(١) ينظر تتمة الإبانة خ .
(٢) ينظر فتح العزيز (١٠/ ٣٦٣) .
(٣) ينظر المحلى (٨/ ١١٧) .
(٤) ينظر فتح العزيز (١٠/ ٣٦٣)، ومجمع الأنهر (٢/ ١٤٠)، وشرح منتهى الإرادات (٢/ ٢٤٨) .
(٥) ينظر الابتهاج شرح المنهاج خ، وكفاية النبيه خ، وروضة الطالبين (٤/ ٢٤٤، ٢٤٥) .

ولا يصح ضمان مال مجهول، وهو أن يقول: ضمنت لك ما تستحقه على فلان من الدين، وهو لا يعلم قدره، وكذلك لا يصح ضمان ما لم يجب، وهو أن يقول: ضمنت لك ما تداين فلانا.

وبه قال الليث، وابن أبى ليلى، وابن شبرمة، والثورى، وأحمد.

وقال مالك، وأبو حنيفة: يصح ضمان المجهول، وضمان ما لم يجب.

قال أبو العباس: وهو قول الشافعى فى القديم؛ لأن الشافعى قال فى القديم يصح ضمان نفقة الزوجة مدة مستقبلة، وهذا ضمان ما لم يجب، وضمان مجهول. وهذه طريقة الخراسانيين: أنها على قولين.

قال الشيخ أبو حامد: وأبى سائر أصحابنا ذلك، وقالوا: لايصح ضمانها، قولا واحدا. وما قاله الشافعى فى القديم: «يصح ضمان نفقة الزوجة مدة مستقبلة»، فإنما أجازه؛ لأن النفقة تجب على هذا بالعقد، فقد ضمن ما وجب، ولا يصح منها إلا ضمان شىء مقدر، وليس بمجهول.

وانتهى العمرانى فى ذلك إلى القول بعدم صحة ضمانهما، واستدل بما سبق أن ذكرناه فى أول أحكام هذا الفصل.

فرع: وأما إذا قال الرجل لغيره: ضمنت لك ما تعطى وكيلى، وما يأخذ منك، فإنه يلزمه ذلك؛ لأن ذلك لا من جهة الضمان، ولكن من جهة التوكيل، وذلك أن يد الوكيل يد الموكل.

فرع: الأعيان المضمونة مثل المغصوب والعارية، هل يصح ضمانها عمن هى فى يده؟ فيه وجهان:

أحدهما: يصح ضمانها.

وبه قال أبو حنيفة، وأحمد؛[1] لأنها مضمونة على من هى فى يده، فهى كالحقوق الثابتة فى الذمة.

والثانى: لا يصح ضمانها؛ لأنها غير ثابته فى الذمة، وإنما يصح ضمان ما كان ثابتا فى الذمة، ووصفنا إياها بأنها مضمونة، إنما معناه: أن تلزمه قيمتها بتلفها، والقيمة مجهولة، وضمان المجهول لا يجوز؛ ولأنها غير واجبة أيضا.

---

(١) ينظر البدائع (٦/ ٧)، والمغنى (٥/ ٥٩٥) .

وحكى عن أبى العباس: أنه قال فيها وجهان؛ بناء على كفالة البدن.

وإذا تلفت العين، فهل عليه غرمها؟ وجهان؛ بناء على المكفول به إذا مات.

فأما الثوب يدفعه إلى القصار أو الخياط، فإن قلنا: إنه أمانة، لم يصح الضمان عنه.

وإن قلنا: إنه مضمون عليه ففى الضمان وجهان[١].

قال المصنف - رحمه الله تعالى -:

(فصل) ولا يجوز تعليقه على شرط؛ لأنه إيجاب مال لآدمى بعقد، فلم يجز تعليقه على شرط؛ كالبيع.

وإن قال: ألق متاعك فى البحر، وعلىَّ ضمانه، صح، فإذا ألقاه وجب ما ضمنه؛ لأنه استدعاء إتلاف بعوض، لغرض صحيح، فأشبه إذا قال: طلق امرأتك، أو أعتق عبدك على ألف، وإن قال: بع عبدك من زيد بخمسمائة، ولك على خمسمائة أخرى، فباعه؛ ففيه وجهان:

أحدهما: يصح البيع، ويستحق ما بذله؛ لأنه مال بذله فى مقابلة إزالة الملك، فأشبه إذا قال: طلق امرأتك، أو أعتق عبدك على ألف.

والثانى: لا يصح؛ لأنه بذلُ مال لغرض غير صحيح؛ فلم يجز، ويخالف ما بذله فى الطلاق، والعتق، فإن ذلك بذل مال لغرض صحيح؛ وهو تخليص المرأة من الزوج، وتخليص العبد من الرق.

(الشرح) الأحكام: لا يصح تعليق الضمان على شرط، بأن يقول: إذا جاء رأس الشهر، فقد ضمنت لك دينك على فلان.

وحكى المسعودى: أن أبا حنيفة قال: يصح.

دليلنا: أنه إيجاب مال لآدمى بعقد، فلم يصح تعليقه على شرط؛ كالبيع.

فقولنا: «لآدمى» احتراز من النذر.

وقولنا: «بعقد» احتراز من وجوب نفقة القريب والزوجة، فإنه متعلق بشروط.

وعن ابن سريج: أنه إذا جاز على القديم ضمان المجهول وما لم يجب، جاز التعليق؛ لأن من حقيقة الضمان قبل الوجوب تعليق مقصوده بالوجوب[٢]، فعلى

---

(١) ينظر مغنى المحتاج (٢/ ٣٥١)، وفتح العزيز (١٠/ ٣٧٥)، والشامل خ.

(٢) ينظر فتح العزيز (١٠/ ٣٨٠).

هذا لو قال: إذا بعت عبدك لفلان بألف فأنا ضامن للثمن، فباعه منه بألفين:

قال ابن سريج: لا يكون ضامنا لشيء.

وقال: صاحب التقريب: يكون ضامنا لألف.

ولو باعه بخمسمائة، فعند صاحب التقريب: يكون ضامنا لها.

وعند ابن سريج[١] : لا.

هكذا ذكره ابن الرفعة في الكفاية، وقال: قلت: وقد حكى الإمام عن ابن سريج في أواخر هذا الباب: أن رجلا لو ادعى أن فلانا ضمن لي ألف درهم، وأقام شاهدين: شهد أحدهما: أنه ضمن ألفا، والآخر: أنه ضمن خمسمائة، فالألف لا تثبت، وهل تثبت الخمسمائة؟ فعلى قولين خرجهما ابن سريج[٢] ، وكان يتجه أن يخرج مثلهما هاهنا.

ولو قال: إذا أقرضته عشرة، فأنا ضامن لها، فأقرضه خمسة عشر، كان ضامنا لعشرة على الوجهين؛ لأن من أقرض خمسة عشر، فقد أقرض عشرة، والبيع بخمسة عشر، ليس بيعا بعشرة.

ولو أقرضه خمسة فقد وافق ابن سريج على أنه يضمنها.

قال الإمام: وهذا يخالف قياسه؛ لأن الشرط لم يتحقق. ا. هـ كلام صاحب الكفاية[٣]

فرع: إذا قال رجل لغيره في البحر عند تموجه، وخوف الغرق: ألق متاعك في البحر، وعلى ضمانه، فألقاه - وجب على المستدعي ضمانه.

وقال أبو ثور: لا يجب؛ لأنه ضمان ما لم يجب.

دليلنا: أنه استدعاء إتلاف ملك بعوض لغرض صحيح، فصح، كما لو قال: طلق امرأتك بمائة درهم علي.

وقال ابن الرفعة في الكفاية: هذه المسألة تحتاج إلى مقدمة، وهي:

إن إلقاء ما في السفينة من غير حاجة لا يجوز، وإذا احتيج إلى إلقاء شيء منها، بسبب إشرافها على الغرق، جاز، وقد يجب، رجاء نجاة الراكبين إذا خيف.

---

(١) ينظر روضة الطالبين (٤/ ٢٦١) .
(٢) ينظر نهاية المطلب خ .
(٣) ينظر كفاية النبيه خ .

ويجب إلقاء مالا روح فيه، لتخليص ذى الروح، ولا يجوز إلقاء الدواب، إذا حصل الغرض بغير الحيوان.

وإذا مست الحاجة إلى إلقاء الدواب، ألقيت لإبقاء الآدميين، والعبيد كالأحرار[١].

وإذا قصر من له الإلقاء، فلم يلق حتى غرقت السفينة، فعليه الإثم، ولا ضمان، كما لو لم يطعم صاحب الطعام المضطر حتى هلك، يعصى ولا يضمن[٢].

إذا تقرر ذلك، فإذا قال: ألق متاعك فى البحر وعلى ضمانه، وكان فى صورة يجوز فيها الإلقاء فألقاه، لزمه ضمانه؛ لأنه استدعاء إتلاف ما يعاوض عليه لغرض صحيح، فلزمه؛ كما لو قال: أعتق عبدك على ألف فى ذمتى، أو طلق زوجتك.

وأما ما قاله أبو ثور وبعض أصحابنا - كما سبق أن ذكرنا وكما حكاه الرافعى عن شرح التلخيص - من أنه لا يصح؛ لأنه ضمان ما لم يجب.

فجوابه: أن هذا ليس على حقيقة الضمان وإن سمى به، وإنما هو استدعاء إتلاف لمصلحة كما ذكرنا.

قال فى الكفاية: قال الإمام فى أوائل كتاب السلم: وهو قريب من أكل المضطر لطعام الغير، ولا فرق فى لزوم الضمان بين أن يكون المستدعى فى السفينة أو لا، إذا كان فيها غير مالك المتاع.

وقيل: يشترط أن يكون المستدعى فيها، ولا فرق بين أن يسلم المستدعى إذا كان فيها أم لا، ويؤخذ الغرم من تركته.

ولو لم يكن فيها إلا مالك المتاع، فلا يصح هذا الضمان؛ لأنه يجب إلقاء المتاع، لحفظ نفسه. ولو كان فيها مع غيره، فالصحيح أن الضمان لازم.

وقيل: لا يلزم، حكاه ابن يونس.

وقيل: يسقط من الضمان ما يقابله، حتى لو كان فيها عشرة سقط من الضمان العشر.

فرع: ولو قال: ألق متاعك ولم يتعرض للضمان، ففى الشامل - وبه قال

---

(١) ينظر الموضح للتنبيه خ .

(٢) ينظر روضة الطالبين ٩/٣٣٨ .

الأكثرون - أنه لا ضمان عليه إذا وجد الإلقاء، بخلاف ما لو قال: اقض دينى، فقضاه، فإن فى رجوعه عليه وجهين.

والفرق: أن قضاء الدين يسقط الحق يقينا، وأما إلقاء المتاع، فيجوز أن ينفعه، ويجوز ألا ينفعه، وسوى الغزالى بين المسألتين فى إجراء الخلاف،[١] وهو ما حكاه ابن يونس.

ولو ألقى صاحب المتاع متاعه من غير استدعاء، لم يرجع على من فى السفينة، سواء كان فى حالة يجب فيها الإلقاء أم لا، وسواء كان فى السفينة أم لا، بأن يكون فى زورق، أو على الشط، بخلاف ما إذا أطعم إنسان المضطر طعامه، فإنه يرجع على أحد الوجهين، والفرق ما ذكرناه فى المسألة قبلها[٢].

وعن المنهاج للشيخ أبى محمد: إجراء الوجهين فيما إذا ألقى المتاع ولا خوف عليه، ولا نزاع فى أن الإلقاء والاستدعاء إذا كان فى غير حالة الخوف، لا يجب الضمان.

وفى الحاوى حكاية وجه: أنه يضمن، وإن كان الإلقاء فى حالة الأمن من الغرق، وقال: إنه أقيس.

وأما أخذ الرهن فى هذا الضمان، فلا يجوز.

قال الماوردى: وقد أجازه بعض أصحابنا؛ كالضمان، وليس بصحيح؛ لأن حكم الضمان أوسع من حكم الرهن؛ لأن ضمان الدرك يجوز، وأخذ الرهن عليه لا يجوز.

فائدة: الواجب على المستدعى بعد الإلقاء المثل إن كان الملقى مثليا، والقيمة إن كان من ذوات القيم، ويعتبر بما قبل هيجان الأمواج؛ لأنه لا قيمة له فى تلك الحالة.

وفى النهاية فى أوائل كتاب السلم حكاية عن القاضى أنه ذكر وجها: أن الواجب فى ذوات القيم المثل الصورى، كما فى القرض.

قال ابن الرفعة: وهذا منه يدل على أن الملقى يملكه المستدعى.

وهو قضية ما حكاه الماوردى، فإنه قال فى كتاب الأيمان: حكى ابن أبى هريرة

---

(١) ينظر الوسيط للغزالى ٧/ ٣١٣ .
(٢) ينظر روضة الطالبين ٩/ ٣٣٩ .

قولين فيما إذا قال لغيره: اعتق عبدك عنى متى يملكه الآمر.

أحدهما: أنه يصير بإعتاقه مالكا له قبل إعتقاه، وهو الظاهر من المذهب.

والثاني: أنه ليس بمالك، وإنما يجرى عليه حكم الملك، فإنه قبل العتق لا يملك، وبعده لا يصح أن يملك.

ثم قال: ومثل هذين القولين يجرى فيما إذا قال: ألق متاعك فى البحر وعلى قيمته، هل يصير مالكا قبل إلقائه أم لا؟ على هذين القولين:

أحدهما: أنا لا نعلم بعد إلقائه: أنه كان مالكا قبل إلقائه.

والثاني: يجرى عليه حكم الملك؛ لأنه قبل الإلقاء لا يملك، وبعده لا يصح أن يملكه.

والذى حكاه الإمام هاهنا وغيره: أن الملقى لا يخرج عن ملك الملقى حتى لو لفظه البحر على الساحل، واتفق الظفر به، فهو لمالكه، ويسترد الضامن ما بذله، وهل للمالك أن يمسك ما أخذه، ويرد بدله؟ فيه خلاف كما فى القرض.

فرع : لو قال: ألق متاعك فى البحر على أن أضمنه وكل واحد من ركبان السفينة، كان ضامنا للجميع.

ولو قال: على أن أضمنه وركبان السفينة، فإنه يلزمه بحصته[1] .

ولو قال: على أن أضمنه وركبان السفينة، وعلى تحصيله من ما لهم، فإنه يضمن جميعه.

ولو قال: على أن أضمنه وركبان السفينة، وقد أذنوا لى فى هذا الضمان عنهم، وأنكروا ذلك - وجب عليه ضمان الكل.

ولو قال: أنا وهم ضامنون، أو: على أن أضمنه وركبان السفينه - ففيه وجهان:

أظهرهما: أنه يلزمه الجميع.

ومقابله: أنه يلزمه بحصته، وينسب إلى اختيار المزنى[2] .

ولو قال: ألق متاعك على أن أضمنه وركبان السفينة، فأذن له فألقاه، ففيه وجهان:

---

(١) ينظر المهذب ٢/ ١٩٥ .

(٢) ينظر تحفة التنبيه ٥/ ٧٦ .

أحدهما - وبه قال القاضى أبو حامد -: إنه يلزمه ضمان الجميع.

وعلى الثانى: لا يلزمه إلا قدر حصته.

ولو قال: ألق متاعى وعليك ضمانه، فقال: نعم، أو: أجل، فألقاه، لزمه ضمانه.

ولو قال لآخر: ألق متاع فلان وعلى ضمانه إن طالبك، فألقاه، فالضمان على الملقى دون الآمر.

ثم قول المستدعى عن ركبان السفينة: هم ضامنون، إما للجميع أو للحصة، إن قصد به الإخبار عن ضمان سابق منهم، فاعترفوا به، توجهت المطالبة عليهم، وإن أنكروا فهم المصدقون.

وإن قال: أردت إنشاء الضمان عنهم، فعن بعض الأصحاب: أنهم إن رضوا به، وجب المال عليهم، والظاهر خلافه؛ لأنا لا نرى وقف العقود وهذا ما ارتضاه القاضى الحسين.

ورجح فى الوسيط الأول؛ لأن هذا يبنى على المسامحة[1].

وإن قال رجل لغيره: بع عبدك من زيد بألف، وعلى لك خمسمائة، فباعه - قال الصيدلانى: وقاله فى العقد - فهل يصح البيع؟ فيه وجهان لأبى العباس:

أحدهما: يصح البيع، ويستحق البائع على المشترى خمسمائة وعلى المستدعى للبيع خمسمائة؛ لأنه مال بذله فى مقابلة إزالة ملكه، فصح، كما لو قال: ألق متاعك فى البحر، وعلى ضمانه. أو: طلق امرأتك، وعلى لك ألف.

والثانى: لا يصح البيع، ولا يستحق على الباذل شىء؛ لأن الثمن يجب أن يكون جميعه على المشترى، فإذا شرط أن يكون بعضه على غيره، لم يصح.

قال صاحب الفروع: فأما إذا قال: بع عبدك من فلان بألف، على أن أزن منه خمسمائة جاز، وينظر: فإن ضمن قبل البيع، لم يلزمه؛ لأنه ضمان قبل الوجوب، فإن ضمنه بعده لزمه.

قال المصنف - رحمة الله تعالى -:

(فصل) ويجوز أن يضمن الدين الحالّ إلى أجل؛ لأنه رفق ومعروف، فكان على

---

(١) ينظر كفاية النبيه خ .

حسب ما يدخل فيه.

وهل يجوز أن يضمن المؤجل حالا؟ فيه وجهان:

أحدهما: يجوز، كما يجوز أن يضمن الحالَّ مؤجلًا.

والثاني: لا يجوز؛ لأن الضمان فرع لما على المضمون عنه، فلا يجوز أن يكون الفرع معجلًا، والأصل مؤجلًا.

(فصل) ولا يثبت فى الضمان خيار؛ لأن الخيار لدفع الغبن، وطلب الحظ، والضامن يدخل فى العقد على بصيرة أنه مغبون، وأنه لا حظ له فى العقد؛ ولهذا يقال: الكفالة أولها ندامة، وأوسطها ملامة، وآخرها غرامة.

(فصل) ويبطل بالشروط الفاسدة؛ لأنه عقد يبطل بجهالة المال؛ فبطل بالشرط الفاسد؛ كالبيع.

وإن شرط ضمانًا فاسدًا فى عقد بيع، فهل يبطل البيع؟ فيه قولان: كالقولين فى الرهن الفاسد، إذا شرطه فى البيع، وقد بينا وجه القولين فى الرهن.

(الشرح) الأحكام: إن كان لرجل على غيره دين حال، فضمنه عنه ضامن إلى أجل معلوم، صح الضمان، وكان الدين معجلا على المضمون عنه، مؤجلا على الضامن؛ لأن الضمان رفق ومعروف، فكان على حسب الشرط، وكذلك إذا كان الدين مؤجلا إلى شهر فضمنه عنه ضامن مؤجلا إلى شهرين، كان مؤجلا على المضمون عنه إلى شهر، وعلى الضامن إلى شهرين.

فإن قيل: فعندكم الدين الحال لا يتأجل، فكيف يتأجل هذا على الضامن؟

فالجواب: أن الدين لم يثبت على الضامن حالا، وإنما يثبت عليه مؤجلا والدين يتأجل فى ابتداء ثبوته.

هذا ما ذكره العمرانى فى البيان، وذكر ابن الرفعة فى الكفاية فى المسألة وجهين.

أحدهما: ما ذكره العمرانى ههنا، ثم قال: وهو الأصح، والذى أورده العراقيون.

وعلى هذا، فلا يطالب إلا بما التزم، وهذا ما يوجد لعامة الأصحاب، وفى تعليق القاضى الحسين: إنه يصح حالا على وجه، وادعى الإمام إجماع الأصحاب على أن الأجل لا يثبت، وأن فى فساد الضمان بفساده وجهان: أظهرهما: الفساد[1].

---

(١) ينظر: نهاية المطلب خ.

ومن العجب أن اعتماد الإمام فى كتابه على القاضى، وقد حكى فى تعليقه: أن الضمان يصح، ويثبت الأجل، وأن للشافعي[1] ما يدل عليه، وما ذكرناه يجرى فيما لو كان الدين مؤجلا إلى شهر فضمنه إلى شهرين.

فرع: وإن كان الدين على رجل مؤجلا، فضمنه عنه ضامن حالا، أو كان مؤجلا على من هو عليه إلى شهرين، فضمنه عنه ضامن إلى شهر - ففيه ثلاثة أوجه، حكاها المحاملى، وابن الصباغ:

أحدها: يصح الضمان، ويلزم الضامن تعجيل الدين دون المضمون عنه؛ لأنه ضمن له دينا بعقد، فكان على حسب ما ضمنه، كما لو ضمن المعجل مؤجلا.

والثانى: لا يصح الضمان؛ لأن الضامن فرع للمضمون عنه، فلا يجوز أن يستحق مطالبة الضامن دون المضمون عنه.

والثالث: يصح الضمان، ولا يلزمه التعجيل، كأصله.

إذا ثبت هذا: فضمن الحال مؤجلا، فمات الضامن، حل عليه الدين، ووجب دفع ذلك من تركته، ولم يكن لورثته الرجوع على المضمون عنه حتى يحل الأجل.

وقال زفر: يرجعون عليه فى الحال.

دليلنا: أن المضمون عنه لم يأذن فى الضمان عنه إلا إلى أجل؛ فلا يستحق الرجوع عليه فى الحال.

وإن مات المضمون عنه، وكان الدين مؤجلا عليهما، حل الدين فى تركة المضمون عنه، فإن اختار المضمون له الرجوع على الضامن، لم يطالبه قبل حلول الأجل، وإن اختار المطالبة من تركة المضمون عنه، كان له ذلك فى الحال.

فرع: إذا كان له ألف، فأعطاه، عليها رهنا، وأقام له بها ضامنا صح. وإذا حل الحق، فقولان - حكاهما القاضى أبو حامد فى جامعه -:

أحدهما: إن لصاحب الحق مطالبة الضامن، وليس له بيع الرهن إلا بعد تعذر استيفائه من الضامن.

والثانى: ليس له مطالبة الضامن إلا بعد تعذر استيفائه من الرهن.

قال الماوردى فى أواخر الرهن: والصحيح عندى: أن له بيع الرهن ومطالبة

---

(١) ينظر: روضة الطالبين ٤/ ٢٦٢ .

الضامن[١] .

فصل: ولا يثبت فى الضمان خيار المجلس ولا خيار الشرط؛ لأن الخيار يطلب لطلب الحظ، والضامن يعلم أنه مغبون، ولذلك يقال فى الكفالة: إن أولها ندامة، وأوسطها ملامة، وآخرها غرامة.

فلو شرط فيه خيار الثلاث للضامن، فسد، وسواء فيه كفالة المال والبدن وإن شرط للمضمون له، فلا أثرله؛ لأن الخيار له دائما[٢] .

وفى الحاوى عند الكلام فى تأجيل الضمان حكاية قول للشافعى فيما إذا شرط للضامن أن الضمان لا يفسد ويبطل الشرط، وذكره السبكى -أيضا - فقال بعد ذكره القول الأول: وفى قول يصح، ويبطل الشرط. وبهذا قال أبو حنيفة - أيضا - كما ذكره صاحب البيان.

والراجح: هو ما ذهب إليه أصحاب القول الأول؛ وذلك لأنه عقد لا يثبت فيه خيار الشرط، فإذا شرط بطل العقد به؛ كالسلم، والصرف. أما إذا شرط الخيار لأجنبى، فحكمه كما لو شرط للضامن[٣] .

فصل: ويبطل الضمان بالشروط الفاسدة؛ لأنه عقد يبطل بجهالة المال؛ فبطل بالشروط الفاسدة، كالبيع، وفيه احتراز من الوصية.

فإن قال: بعتك عبدى هذا بألف درهم، على أن يضمن لى فلان بها عليك: على أنه بالخيار - فهذا شرط يفسد الضمان، وهل يفسد البيع فى العبد بذلك؟ فيه قولان؛ كالقولين فيمن شرط رهنا فاسدا فى بيع، وقد مضى توجيههما فى الرهن.

ولا نزاع فى أنه لو شرط فى البيع، أو فى زمن الخيار: أن يضمن له نقص الغراس والبناء الذى يحدث فى الأرض المبيعة عند خروجها مستحقة، وقلع ذلك - أن البيع باطل قولا واحدا؛ كما صرح به القاضى أبو الطيب والبندنيجى وغيرهما[٤] .

قال المصنف - رحمه الله تعالى -:

(فصل) ويجب بالضمان الدين فى ذمة الضامن، ولا يسقط عن المضمون عنه؛

---

(١) ينظر: كفاية النبيه خ .

(٢) ينظر: فتح العزيز ١٠/ ٣٨، روضة الطالبين ٤/ ٢٦٠ .

(٣) ينظر أسنى المطالب ٢/ ٢٤٥ .

(٤) ينظر: شرح المختصر للقاضى أبى الطيب خ، الشامل خ، فتح العزيز ١٠/ ٣٦٨ .

والدليل عليه ما روى جابر - رضى الله عنه - قال: توفى رجل منا، فأتينا النبى ﷺ ليصلى عليه، فخطا خطوةً، ثم قال: «أعليه دين؟ قلنا ديناران، فتحملهما أبو قتادة ثم قال بعد ذلك بيوم: ما فعل الديناران؟ قال: إنما مات أمس، ثم أعاد عليه بالغد قال: قد قضيتهما قال: الآن بردت عليه جلده» ولأنه وثيقة بدين فى الذمة، فلا يسقط الدين عن الذمة؛ كالرهن، ويجوز للمضمون له مطالبة الضامن، والمضمون عنه؛ لأن الدين ثابت فى ذمتهما، فكان له مطالبتهما.

فإن ضمن عن الضامن ثالث؛ جاز؛ لأنه ضمان دين ثابت، فجاز، كالضمان الأول، وإن ضمن المضمون عنه عن الضامن، لم يجز؛ لأن المضمون عنه أصل والضامن فرع، فلا يجوز أن يصير الأصل فرعًا، والفرع أصلًا، ولأنه يضمن (بالضمان) ما فى ذمته، ولأنه لا فائدة فى ضمانه، وهو ثابت فى ذمته.

(الشرح) وقوله: «إنما مات أمس ثم أعاد عليه بالغد...» أخرجه أحمد[1]، وأبو داود[2]، والنسائى[3]، وعبد الرزاق[4]، والدارقطنى[5]، وابن حبان[6]، والبيهقى[7].

قوله: «بردت جلده»[8] قوله - عليه الصلاة والسلام - فى حديث أبى قتادة: «الآنَ بَرَّدْتَ جِلْدَهُ» بتشديد الراء، يعنى أنه كان محبوسًا معذبًا بالدين إلى حين الوفاء عنه. وامتناع النبى ﷺ عن الصلاة على من عليه دين إنما كان لأنه يسأل فى صلاته دخوله الجنة، وفى ذلك سقوط الحقوق، ولا يليق بالنبى ﷺ سؤال سقوط حقوق الآدميين؛ لأنه إضرارٌ بهم، وذلك إنما كان قبل الفتوح، فلما فتح الله عليه ﷺ الفتوح قال: «أَنَا أَوْلَى بِالْمُؤْمِنِينَ مِنْ أَنْفُسِهِمْ فَمَنْ تُوُفِّىَ مِنَ الْمُؤْمِنِينَ فَتَرَكَ دَيْنًا فَعَلَىَّ قَضَاؤُهُ، وَمَنْ تَرَكَ مَالًا فَلِوَرَثَتِهِ» يعنى: إذا لم يكن له مال فعلَىَّ قضاء دينه.

---

(١) ٣/ ٣٣٠.
(٢) ٢/ ٢٢١ كتاب البيوع باب التشديد فى الدين (٣٣٤٣).
(٣) ٤/ ٦٥ كتاب الجنائز باب الصلاة على من عليه دين.
(٤) ٨/ ٢٨٩ - ٢٩٠ رقم (١٥٢٥٧).
(٥) ٣/ ٧٩ كتاب البيوع حديث (٢٩٣).
(٦) (١١٦١ - موارد).
(٧) ٦/ ٧٥.
(٨) ينظر: المغنى فى الإنباء (١/ ٣٦٩).

الأحكام: وإذا ضمن عن غيره دينا، تعلق الدين بذمة الضامن، ولا يبرأ المضمون عنه بالضمان، وبه قال مالك، وأبو حنيفة، وعامة أهل العلم.

وعلى هذا فإن للمضمون له مطالبة الضامن والمضمون عنه[١] .أى: إذا كان الدين حالا وضمنه على حكمه، أو أطلق، أو كان مؤجلا وضمنه على حكمه أو أطلق ثم حل[٢] ، لقوله - صلى الله عليه وسلم - «الزعيم غارم»[٣] ولم يفرق.

ولأنه دين حال على ملىء، فجاز لمستحقه أن يطالب أيهما شاء، كالضامنين[٤] .

هذا مذهبنا، وقال ابن أبى ليلى، وابن شبرمة، وداود، وأبو ثور: يبرأ المضمون عنه بالضمان، ويتحول الحق إلى ذمة الضامن، فلا يملك المضمون له مطالبته، واحتجوا بقوله ﷺ لأبى قتادة: «حق الغريم عليك، والميت منه برىء»[٥] ؟، فقال: نعم.

وبقوله ﷺ لعلى - رضى الله عنه - «فك الله رهانك، كما فككت رهان أخيك»[٦] .

وهذا يدل على أن المضمون عنه يبرأ من الدين بالضمان، ويؤيده أنه ﷺ امتنع من الصلاة قبل الضمان، فلما حصل الضمان صلي[٧] .

ودليلنا: ما روى جابر فى الرجل الذى ضمن عنه أبو قتادة: أن النبى ﷺ لقى أبا قتادة بعد ذلك بيوم، فقال له: «ما فعل الديناران؟»، فقال: إنما مات بالأمس، ثم جاءه أبو قتادة من الغد، وقال: قد قضيتهما يا رسول الله، فقال ﷺ: «الآن بردت عليه جلده».

فلو كان قد تحول الدين عن المضمون عنه بالضمان، لكان قد برد جلده

---

(١) ينظر: الموضح للتنبيه خ .

(٢) وقد ذهب إلى ذلك أيضًا الحنفية والمالكية فى أحد القولين لهم والحنابلة:
ينظر: فتح القدير ٧/ ١٨٢، ١٨٣، بداية المجتهد ٢/ ٣٨٠، حاشية الدسوقى على الشرح الكبير ٣/ ٣٣٧، المغنى ٥/ ٨٢، شرح منتهى الإرادات ٢/ ٢٤٦ .

(٣) تقدم .

(٤) ينظر: شرح المختصر للقاضى أبى الطيب خ .

(٥) تقدم .

(٦) تقدم .

(٧) ينظر: الشامل خ، شرح المختصر للقاضى أبى الطيب خ .

بالضمان.

ولأن الضمان وثيقة بدين، فلم يتحول إلى الوثيقة، ويسقط عن الذمة، كالرهن، والشهادة.

وأما قوله ﷺ لأبى قتادة: «والميت منه برىء» يريد به: من الرجوع فى تركته.

وأما قوله ﷺ لعلى - رضى الله عنه وأرضاه -: «فك الله رهانك، كما فككت رهان أخيك» أراد به: لامتناعه ﷺ من الصلاة عليه، لأجل ما عليه من الدين، فلما ضمنهما عنه، فك رهانه بصلاة النبى ﷺ؛ لأن صلاته رحمة.

وأما امتناعه ﷺ من الصلاة قبل الضمان وصلاته بعده: فلأن الميت كان من أهل الصُفَّة - كما حكاه الماوردى - لا يملك شيئا، فلما ضمن عنه الدين صار كمن خلف وفاء، وامتناع الصلاة كان إذا لم يخلف الميت وفاء[(١)] .

وقد حكى الماوردى عن أبى ثور أنه قال: لا يطالب الضامن إلا إذا تعذرت عليه مطالبة المضمون عنه، ثم قال: وجعل ابن أبى هريرة هذا قولا محتملا وخرجه لنفسه[(٢)] .

إلى هذا القول ذهب مالك رحمه الله تعالى.

والصحيح: أنه يجوز للمضمون له مطالبة من شاء من الضامن والمضمون عنه؛ لأن الحق متعلق بذمة كل واحد منها.

ثم محل هذا: إذا أطلق الضامن الضمان

أما إذا قال: بشرط براءة الأصيل،[(٣)] فقد حكينا فى صحة الضمان وجهين عن ابن سريج، وأشبههما المنع؛ لأنه قرن به شرطا يخالف مقتضى الضمان،[(٤)] فإن قلنا بالصحة، ففى صحة الشرط وجهان:[(٥)]

قال الرافعى: وقد يعكس الترتيب، ويقال: فى صحة الشرط وجهان، وإن فسد،

---

(١) ينظر: شرح المختصر للقاضى أبى الطيب خ .

(٢) وإلى ذلك ذهب المالكية فى القول الثانى لهم .
وينظر: المدونة ٤/ ١٣١، بداية المجتهد ٢/ ٣٨٠ .

(٣) ينظر: مغنى المحتاج ٢/ ٢٠٨ .

(٤) ينظر: فتح العزيز ١٠/ ٣٨٥، روضة الطالبين ٤/ ٢٦٤ .

(٥) ينظر: مغنى المحتاج ٢/ ٢٠٨، نهاية المحتاج ٣/ ٤٥٩ .

ففى فساد الضمان وجهان.

وإذا صححناهما، برئ الأصيل، وبقى الحق فى جهة الضامن، وله الرجوع على المضمون عنه فى الحال، إن كان قد ضمن عنه بإذنه، كما حكاه الرافعى[١].

فرع: فإن ضمن عن الضامن ضامن أجنبى، صح الضمان؛ لأنه دين لازم عليه، فصح كالضمان الأول وكان للمضمون له مطالبة الجميع؛ لأنه إذا صح الضمان توجهت المطالبة؛ لما ذكرناه.

ومقتضى ما حكيناه عن ابن أبى هريرة أنه لا يطالب الضامن الثانى ما لم يعجز عن مطالبة الأول.

ويؤيده أن القاضى الحسين وغيره قالا إن الضامن الثانى مع الأول كالأول مع الأصيل سواء، وأثر هذا يظهر فى البراءة - أيضا - كما سيأتى، ويجوز أن يضمن الأصيل أكثر من ضامن لبقاء الحق فى ذمته - كما قررناه - ويجوز أن يضمن الأصيل وضامنه ضامن.

وإن ضمن عن الضامن المضمون عنه، لم يصح ضمانه؛ لأن الضمان يستفاد به حق المطالبة، ولا فائدة فى هذا الضمان؛ لأن الحق ثابت فى ذمته قبل الضمان، ولأن الضامن فرع، والمضمون عنه أصل؛ فلا يجوز أن ينقلب الأصل فرعا، والفرع أصلا.

وهل يجوز لأحد الضامنين للأصيل أن يضمن صاحبه فيما ضمنه عن الأصيل؟

المذهب: لا. وعن ابن سريح: أنه يجوز، قال الماوردى: وهو خطأ[٢].

فرع: فإن اعترض معترض على جواز أن يضمن الضامن ضامن آخر، فقال: أليس الضامن وثيقة على الحق، فلا يجوز أن يكون به وثيقة؛ كما أنه لا يجوز أن يأخذ رَهنا بالرهن؟

فالجواب: أن الضمان يفارق الرهن؛ لأن الضمان حق ثابت فى الذمة، والرهن حق ثابت متعلق بالعين؛ والرهن لا يصح بحق متعلق بالعين فافترقا[٣].

قال المصنف - رحمه الله تعالى -:

(فصل) وإن ضمن عن رجل دينًا بغير إذنه، لم يجز له مطالبة المضمون عنه

---

(١) ينظر: فتح العزيز ١٠/ ٣٨٥.
(٢) ينظر كفاية النبيه خ.
(٣) ينظر الشامل خ.

بتخليصه؛ لأنه لم يدخل فيه بإذنه، فلم يلزمه تخليصه. وإن ضمن بإذنه، نظرت: فإن طالبه صاحب الحق، جاز له مطالبته بتخليصه؛ لأنه إذا جاز أن يغرمه إذا غرم، جاز أن يطالبه إذا طولب.

وإن لم يطالب، ففيه وجهان:

أحدهما: له أن يطالبه؛ لأنه شغل ذمته بالدين بإذنه، فجاز له المطالبة بتفريغ ذمته؛ كما لو أعاره عينًا؛ ليرهنها فرهنها.

والثانى: ليس له، وهو الصحيح؛ لأنه لما لم يغرمه قبل أن يغرم، لم يطالبه قبل أن يطالب، ويخالف إذا أعاره عينًا ليرهنها فرهنها؛ لأن عليه ضررًا فى حبس العين، والمنع من التصرف فيها، ولا ضرر عليه فى دين فى ذمته، لا يطالب به.

فإن دفع المضمون عنه مالًا إلى الضامن، وقال خذ هذا بدلًا عما يجب لك بالقضاء، ففيه وجهان:

أحدهما: يملكه؛ لأن الرجوع يتعلق بسببين: الضمان والغرم، وقد وجد أحدهما، فجاز تقديمه على الآخر، كإخراج الزكاة قبل الحول، وإخراج الكفارة قبل الحنث.

فإن قضى عنه الدين، استقر ملكه على ما قبض، وإن أبرئ من الدين قبل القضاء، وجب رد ما أخذ، كما يجب رد ما عجل من الزكاة، إذا هلك النصاب قبل الحول.

والثانى: لا يملك؛ لأنه أخذه بدلًا عما يجب فى الثانى، فلا يملكه، كما لو دفع إليه شيئًا عن بيع، لم يعقده، فعلى هذا يجب رده، فإن هلك ضمنه؛ لأنه قبضه على وجه البدل، فضمنه، كالمقبوض بسوم البيع.

(الشرح) الأحكام: قال المزنى رحمه الله: «فإن أخذ الضامن بالحق وكان ضمانه بأمر الذى هو عليه، فله أخذه بخلاصه، وإن كان بغير أمره، لم يكن له أخذه فى قياس قوله».

وجملة ذلك أنه إذا ضمن عن غيره، وطالب المضمون عنه بتخليصه من الضمان، نظرت: -

فإن كان ضمن عنه بغير أمره، لم يكن له مطالبته بتخليصه؛ لأنه لم يدخله فى الضمان.

وإن كان ضمن بأمره، نظرت:

فإن كان المضمون له يطالبه، كان له مطالبة المضمون عنه بتخليصه وإن لم يطالبه المضمون له، فهل له مطالبة المضمون عنه بتخليصه[١].

قال الشيخ أبو حامد: نظرت:

فإن قال: أعطنى المال الذى ضمنته عنك، ليكون عندى حتى إذا طالبنى المضمون له أعطيته ذلك - لم يكن له ذلك؛ لأنه لم يغرم.

وإن قال: خلصنى من حق المضمون له، وفك ذمتى من حقه، كما أوقعتنى فيه - فهل له ذلك؟ فيه وجهان:

أحدهما: له ذلك؛ لأنه لزمه هذا الحق، من جهته، وبأمره، فكان له مطالبته بتخليصه؛ كما لو استعار عبدا ليرهنه، فرهنه، فللمعير أن يطالب المستعير بقضاء الدين، وفك العبد.

والثانى: ليس له ذلك؛ لأنه إذا لم يطالبه المضمون له، فلا ضرر عليه فى كون الحق فى ذمته، فلم يكن له مطالبته بذلك، ويفارق العبد المرهون؛ لأن على المولى ضررا فى كون العبد مرهونا.

قال المسعودى: وأصل هذين الوجهين ما قال ابن سريج: هل ينعقد بين الضامن والمضمون عنه حكم بنفس الضمان؟ على قولين، ولهذا خمس فوائد:

إحداهن: هذه المسألة المتقدمة.

الثانية: إذا دفع المضمون عنه إلى الضامن مال الضمانة عوضا عما سيغرم، فهل يملكه الضامن؟ فيه وجهان:

أحدهما: يملكه؛ لأن الرجوع يتعلق بسببى الضمان والغرم، وقد وجد أحدهما، فجاز تقديمه على الآخر، كإخراج الزكاة بعد النصاب وقبل الحول.

فعلى هذا: إن قضى الحق، استقر ملكه على ما قبض، وإن أبرئ من الدين قبل القضاء، وجب رد ما أخذ، كما قلنا إذا أسلف الزكاة، فتلف النصاب.

والوجه الثانى: أنه لا يملك ما قبض؛ لأنه أخذه بدلا عما يجب فى الثانى، فلا

---

(١) ينظر فتح العزيز (١٠/٣٨٦)، وروضة الطالبين (٤/ ٢٦٥)، بدائع الصنائع (٦/ ١١)، والمغنى (٤/٦٠٩ - ٦١٠)، وبلغة السالك (٢/ ٦٧٢)، وشرح المختصر للقاضى أبى الطيب خ، والشامل خ، وكفاية النبيه خ .

يملكه؛ كما لو دفع إليه شيء عن بيع لم يعقد.

فعلى هذا: يجب رده، وإن تلف، ضمنه؛ لأنه قبضه على وجه البدل فضمنه، كالمقبوض بسوم البيع، أما إذا كان على رجل ألف درهم، فضمنها عنه ضامن بأمره فدفع المضمون عنه إليه ألف درهم، وقال اقض هذه المضمون له عنى، فقبضها - كانت أمانة فى يده؛ لأنه نائب فى دفعها إلى صاحب الدين.

فإن تلفت قبل الدفع بغير تفريط منه، لم يضمنها[(١)] .

الفائدة الثالثة: لو أبرأ الضامن المضمون عنه عما سيغرم، هل يصح؟ على الوجهين.

الرابعة: لو ضمن الضامن من ضامن عن المضمون عنه، هل يصح؟ فيه وجهان.

وعلى قياس هذا: إذا رهن المضمون عنه الضامن بما ضمن عنه، هل يصح؟ على الوجهين.

الخامسة: لو ضمن فى الابتداء بشرط أن يعطيه المضمون عنه ضامنا معينا بما ضمن، هل يصح؟ على الوجهين.

وعلى قياس هذا، إذا ضمن عنه بإذنه بشرط أن يرهنه رهنا معلوما، هل يصح؟ على الوجهين.

فائدتان:

الأولى: علمنا مما سبق أنه إذا طالب المضمون له الضامن، كان للضامن مطالبة المضمون عنه بتخليصه، هذا إذا كان المضمون عنه بالغا عاقلا.

أما إذا كان صغيرا، فإنه يعتبر إذن الأب - أو الوصى - فى الضمان، فإن كان قد أذن فيه، فللضامن مطالبة الأب بتخليصه قبل بلوغ الطفل، أما بعد بلوغه، فإنه يطالب الصبى الذى بلغ، كما صرح به الماوردى، ونقله عنه ابن الرفعة.

الثانية: إذا لم يطالب المضمون عنه الضامن، وقلنا: ليس للضامن فى هذه الحالة مطالبة المضمون عنه بتخليصه - فإن للضامن أن يقول للمضمون له: إما أن تبرئنى عن الحق، وإما أن تطالبنى به؛ لأطالب المضمون عنه بفكاك ذمتى، هكذا حكاه البندنيجى عن أبى العباس، ونقله عنه ابن الرفعة.

---

(١) ينظر: المهذب ١/ ٣٤١ .

قال المصنف - رحمه الله تعالى -:

(فصل) وإن قبض المضمون له الحق من المضمون عنه، برئ الضامن؛ لأنه وثيقة بحق، فانحلت بقبض الحق، كالرهن.

وإن قبضه من الضامن، برئ المضمون عنه؛ لأنه استوفي الحق من الوثيقة، فبرئ من عليه الدين، كما لو قضى الدين من ثمن الرهن.

وإن أبرئ المضمون عنه، برئ الضامن؛ لأن الضامن وثيقة بالدين، فإذا أبرئ من عليه الدين، انحلت الوثيقة، كما ينحل الرهن إذا أبرئ الراهن من الدين.

وإن أبرئ الضامن، لم يبرأ المضمون عنه؛ لأن إبراءه إسقاط وثيقة من غير قبض، فلم يبرأ به من عليه الدين؛ كفسخ الرهن.

(فصل) وإن قضى الضامن الدين، نظرت: فإن ضمن بإذن المضمون عنه، وقضى بإذنه، رجع عليه؛ لأنه أذن له فى الضمان، والقضاء.

وإن ضمن بغير إذنه، وقضى بغير إذنه؛ لم يرجع؛ لأنه تبرع بالقضاء، فلم يرجع.

وإن ضمن بغير إذنه، وقضى بإذنه، ففيه وجهان:

من أصحابنا من قال: يرجع؛ لأنه قضى بإذنه.

والثانى: لا يرجع، وهو المذهب؛ لأنه لزمه بغير إذنه، فلم يؤثر إذنه فى قضائه، وإن ضمن بإذنه، وقضى بغير إذنه، فالمنصوص أنه يرجع عليه، وهو قول أبى على بن أبى هريرة؛ لأنه اشتغلت ذمته بالدين، بإذنه، فإذا استوفى منه رجع، كما لو أعاره مالًا فرهنه فى دينه، وبيع فى الدين.

وقال أبو إسحاق: إن أمكنه أن يستأذنه، لم يرجع؛ لأنه قضاه باختياره، وإن لم يمكنه رجع؛ لأنه قضاه بغير اختياره، وإن أحاله الضامن على رجل له عليه دين، برئت ذمة المضمون عنه؛ لأن الحوالة بيع، فصار كما لو أعطاه عن الدين عوضًا.

وإن أحاله على من لا دين له عليه، وقبل المحال عليه، وقلنا، يصح؛ برئ الضامن؛ لأن بالحوالة تحول ما ضمن، ولا يرجع على المضمون عنه؛ لأنه لم يغرم، فإن قبضه منه، ثم وهبه له، فهل يرجع على الضامن؟ فيه وجهان؛ بناءً على القولين فى المرأة إذا وهبت الصداق من الزوج، ثم طلقها قبل الدخول.

(فصل) وإن دفع الضامن إلى المضمون له ثوبًا عن الدين فى موضع، يثبت له

الرجوع، رجع بأقل الأمرين من قيمة الثوب، أو قدر الدين.

فإن كان قيمة الثوب عشرةً، والدين عشرين، لم يرجع بما زاد على العشرة؛ لأنه لم يغرم.

وإن كان قيمة الثوب عشرين، والدين عشرة، لم يرجع بما زاد على العشرة؛ لأنه تبرع بما زاد فلا يرجع به.

وإن كان الدين الذى ضمنه مؤجلًا، فعجل قضاءه، لم يرجع به قبل المحل؛ لأنه تبرع بالتعجيل.

(الشرح) الأحكام: إذا قبض المضمون له الحق من المضمون عنه، برئ الضامن؛ لأن الضمان وثيقة بالحق؛ فانحلت باستيفاء الحق، كما لو استوفى المرتهن الحق من غير الرهن.

وإن قبض الحق من الضامن، وبرئ المضمون عنه؛ لأنه قبض الحق من الوثيقة فبرئ من عليه الحق، كالمرتهن إذا استوفى حقه من ثمن الرهن.

وإن أبرأ المضمون له المضمون عنه، برئ المضمون عنه، وبرئ الضامن؛ لأن المضمون عنه أصل والضامن فرع، فإذا برئ الأصل برئ الفرع؛ لأن الفرع يسقط بسقوط أصله.

دليله: انفكاك الرهن بالبراءة من الدين.

وإن أبرأ الضامن برئ الضامن، ولم يبرأ المضمون عنه، كالمرتهن إذا أسقط حقه من الرهن، فإن الراهن لا يبرأ؛ لأنه لم يزد على أن أسقط وثيقة الدين، وبقى الدين على حاله.

قال المسعودى: وإن قال المضمون له للضامن: وهبت الحق منك، أو تصدقت به عليك - كان ذلك إبراء منه للضامن.

وقال أبو حنيفة: يكون كما لو استوفى منه الحق.

دليلنا: أن الاستيفاء منه هو أن يغرم الضامن، ولم يغرم شيئا.

فرع: وإن ضمن عن الضامن ضامن، ثم ضمن عن الضامن الثانى ثالث، ثم رابع عن الثالث - فقد قلنا: إن ذلك يصح، فإذا قبض المضمون له حقه من أحدهم، وبرئ الجميع منهم؛ لأنه قد استوفى حقه، وإن أبرأ المضمون له المضمون عنه أولا، برئوا جميعا، وإن أبرأ أحد الضمناء، برئ، وبرئ فرعه، وفرع فرعه، ولا يبرأ

أصله؛ لما ذكرناه فى المسألة قبلها.

فصل: وإذا قضى الضامن الحق، فهل يرجع على المضمون عنه؟ فيه أربع مسائل.

إحداهن: إن ضمن عنه بإذنه، وقضى بإذنه، فإنه يرجع عليه.

وبه قال مالك، وأحمد، وأبو يوسف.

وقال أبو حنيفة، ومحمد: إن قال: اضمن عنى هذا الدين، أو انقد عنى، رجع عليه. وإن قال: اضمن هذا الدين أو انقده، ولم يقل: عنى، لم يرجع عليه، إلا أن يكون بينهما خلطة، مثل: أن يكون يودع أحدهما الآخر، أو يستقرض أحدهما من الآخر، أو يكون ذا قرابة منه، أو زوجية فالاستحسان: أن يرجع عليه.

دليلنا: أنه ضمن عنه بأمره، وقضى عنه بأمره، فرجع عليه، كما لو قال: اضمن عنى، أو كان بينهما قرابة.

الثانية: أن يضمن عنه بغير أمره، ويقضى عنه بغير إذنه، فإنه لا رجوع له عندنا اتفاقا، وبه قال أبو حنيفة.

وقال مالك، وأحمد: له أن يرجع.

دليلنا: أن النبى ﷺ لم يكن يصلى على من عليه دين، وقد ضمن علىٌّ، وأبو قتادة عن الميتين بحضرة النبى ﷺ بغير إذنهما، فصلى عليهما النبى ﷺ، ولو كان للضامن أن يرجع على المضمون عنه إذا ضمن بغير إذنه لما صلى عليهما النبيﷺ لأن أبا قتادة لما وفى الدينارين عن الميت قال له عليه السلام: «الآن بردت جلدته».

فلو كان الدين يثبت فى ذمته، مع أنه ضمن وأدى بغير الإذن، لما كانت الجلدة قد بردت؛ لأن الدين الذى سقط خلفه غيره[1].

ولأنه ضمن عنه بغير إذنه، وقضى عنه بغير أمره، فلم يرجع عليه؛ كما لو علف دوابه، أو أطعم عبيده.

الثالثة: إذا ضمن بغير إذنه، وقضى بإذنه فهل يرجع عليه؟ فيه وجهان:

أحدهما: لا يرجع عليه، وهو المذهب؛ لأنه لزمه بغير إذنه، وأمره بالقضاء انصرف إلى ما وجب عليه بالضمان.

---

(١) ينظر: روضة الطالبين ٤/٢٦٦، مغنى المحتاج ٢/٢٠٩ .

ولأن الأداء فرع للضمان، ولم يأذن فيه؛ فكان كما لو قضى دينه بغير إذنه.

والثانى: يرجع عليه؛ لأنه أدى عنه بأمره، فرجع عليه، كما لو ضمن عنه بإذنه؛ ولأن الأداء هو المقصود، وقد حصل بالإذن، وخص الماوردى محل هذا الوجه بما إذا قال له: أدِّ عنى ما ضمنته، وجزم بعدم الرجوع فيما إذا قال أد ما ضمنته من غير أن يقول: أدِّ عنى، وجزم بالرجوع فيما إذا قال له: أدِّ عنى ما ضمنته، لترجع على به[1].

وأصل هذين الوجهين: من قال لغيره: اقض عنى دينى، وقضى عنه، فهل له أن يرجع عليه؟ فيه وجهان.

قال المسعودى، والصيمرى: إلا أن الأصح ههنا: أن يرجع، والأصح فى الأولى: ألا يرجع، والفرق بينهما: أن فى الضمان وجب فى ذمته بغير إذنه، وفى القضاء لم يتعلق الحق بذمته، بل حصل القضاء بإذنه.

وإن قال: اقض الدين، ولم يقل عنى، فإن قلنا فى التى قبلها: لا يرجع عليه، فهھنا أولى ألا يرجع عليه.

وإن قلنا هناك: يرجع فهھنا فيه وجهان، حكاهما الصيمرى، الصحيح: أنه لا يرجع.

وإن قال: اقض عنى دينى، لترجع على، فقضى عنه، رجع عليه وجها واحدًا؛ لقوله ﷺ «المؤمنون عند شُرُوطِهِمْ».

وإن قال: اقض عن فلان دينه فقضى عنه:

قال المسعودى لم يرجع عليه، وجها واحدا؛ لأنه لا غرض له فى ذلك.

وقال صاحب الكفاية: وقد حكى الإمام عن شيخه فى مسألة الأداء بالإذن من غير ضمان: أنه رتبها على ما إذا وهب إنسان لإنسان شيئا من غير شرط الثواب، ههنا أولى بالرجوع، لوجهين:

أحدهما: أن الهبة فى صيغتها، مصرحة بالتبرع، وليس كذلك الأمر بالأداء.

والثانى: أن المتبرع مبتدئ بالهبة، والاستدعاء فيما نحن فيه قرينة من ثبوت الرجوع.

---

(١) ينظر: نهاية المحتاج ٣/ ٤٦٢ .

وكان يقول فى الهبة قولا ثالثا فارقا بين أن يكون الواهب من يستوهب من مثل الموهوب له أم لا، ثم قال الإمام: ولا يمتنع أن يتخرج وجه ثالث ههنا على هذا النحو.

والذى اختاره القاضى أبو الطيب فى مسألة الأداء بالإذن من غير ضمان - كما حكاه ابن الصباغ فى كتاب الرهن - قول أبى اسحاق، وهو ثبوت الرجوع، وقال: إنه ظاهر كلام الشافعى، والذى اختاره الشيخ أبو حامد، وقال ابن الصباغ: إنه الذى يجىء على المذهب قول ابن أبى هريرة: وهو عدم الرجوع، تمسكا بمسألة القصار، إذا قصر الثوب من غير شرط[1].

المسألة الرابعة: إذا ضمن عنه بأمره، وقضى بغير إذنه، فهل له أن يرجع عليه؟ فيه ثلاثة أوجه، حكاها الشيخ أبو حامد:

أحدها: يرجع عليه، وهو المذهب؛ لأنه دين لزمه بإذنه، فرجع عليه؛ كما لو ضمن بإذنه وقضى بإذنه.

لأن الضمان الذى هو سبب الوجوب وقع بالإذن؛ والأداء الذى حصلت به براءة ذمتهما مرتب عليه، فاكتفى به، وهذا هو المنصوص فى النكاح والطلاق فى رواية الربيع، وفى الإملاء على مسائل مالك كما حكاه القاضى أبو الطيب، وبه قال ابن أبى هريرة، وأكثر الأصحاب كما حكاه الماوردى وصححه.

والثانى: لا يرجع عليه؛ لأنه أسقط الدين عنه بغير إذنه، فلم يرجع عليه، كما لو ضمن بغير إذنه، وقضى بغير إذنه.

ولأن الضمان قد يوجد معه الأداء وقد لا يوجد، فلم يكن الإذن فيه مستلزما للأداء، فإذا لم يصرح بالإذن فيه، كان كما لو أدى دين غيره بغير إذنه، وهذا ما حكى الجيلى أنه الأصح، فى الشامل. ولم أره فى هذا الموضع فيه، هكذا قال ابن الرفعة:

والثالث - وهو قول أبى إسحاق -: إن كان الضامن مضطرا إلى القضاء، مثل: أن يطالبه المضمون له، والمضمون عنه غائب أو حاضر معسر، فقضى المضمون له - رجع الضامن؛ لأنه مضطر إلى القضاء، وإن كان غير مضطر إلى القضاء،

---

(١) ينظر: الشامل خ .

مثل: أن كان المضمون عنه حاضرا موسرا يمكنه أن يطالبه بتخليصه من الضمان، فقضى - لم يرجع؛ لأنه متطوع بالأداء. وقد مال إلى هذا صاحب التقريب.

وحكى ابن الصباغ، والبندنيجى عن الأصحاب أن الأوجه تجرى فيما إذا وكل إنسانا فى أن يشترى له عبدا بألف، وأدى الوكيل ذلك من ماله، إذ المطالبة متوجهة عليه.

وقال الماوردى: إن الحكم فى الوكيل كما ذكره فى الضمان.

فرع: وحوالة الضامن المضمون له على من له عليه دين كالقضاء فيما ذكرناه، وكذا الحوالة عليه إن شرطنا رضاه، وإن لم نشرطه فلا يتجه أن يجيء وجه أبى إسحاق . وعلى هذا فكل موضع يثبت للضامن الرجوع على المضمون عنه، فأحال الضامن المضمون له بالحق على من له عليه دين، فإنه يرجع على المضمون عنه فى المحال؛ لأن الحوالة كالقبض، وإن أحاله على من لا حق له عليه، وقبل المحال عليه، وقلنا: يصح برئ الضامن والمضمون عنه، ولا يرجع الضامن على المضمون عنه بشيء فى الحال؛ لأنه لم يغرم شيئا، فإن قبض المحتال من المحال عليه، ورجع المحال عليه على الضامن، رجع الضامن على المضمون عنه، وإن أبرأ المحتال المحال عليه من مال الحوالة، لم يرجع المحال عليه على المحيل - وهو الضامن - بشيء، ولم يرجع الضامن على المضمون عنه؛ لأنه لم يغرم واحد منهما شيئا، وإن قبض المحتال الحق من المحال عليه، ثم وهبه منه، أو قبض المضمون له الحق من الضامن، ثم وهبه منه - فهل لهما الرجوع؟ فيه وجهان، بناء على القولين فى المرأة إذا وهبت صداقها من الزوج، ثم طلقها قبل الدخول.

فرع : محل الرجوع حيث بيناه فيما سبق إذا أشهد الضامن على الأداء رجلين يقبل الحاكم شهادتهما، أو رجلا وامرأتين كذلك[1]، وكذا لو أشهد من ظاهره العدالة، وإن كان فى الباطن غير عدل، على أولى الوجهين فى الرافعى[2] .

ولو أشهد عدلا واحدا، اعتمادا على أنه يحلف معه، ففى الحاوى وغيره حكاية وجهين، أصحهما فى الرافعى: أنه يكفى، ووجه مقابله: أنه قد يرفع الأمر إلى

---

(١) ينظر: نهاية المحتاج ٣/ ٤٦٤، أسنى المطالب ٢/ ٢٥١ .

(٢) ينظر: فتح العزيز ١٠/ ٣٩٧ .

حنفى فلا يقضى به، وذلك تقصير منه.

وخص القاضى الحسين محل الخلاف بما إذا مات الشاهد أو غاب، أما إذا كان حاضرا وشهد، وحلف معه الضامن عند إنكار المضمون له القبض - فإنه يرجع وجها واحدا، وعلى ذلك جرى البندنيجى، والمتولى أيضا، وألحق بحال موته إذا رفعه إلى حاكم لا يرى الشاهد واليمين.

أما إذا لم يشهد من يقع الاعتناء به، نظر:

فإن صدقه المضمون له وعنه، كان كما لو أشهد، وإن كذباه فلا رجوع له[١]، وإن كذبه المضمون عنه وصدقه المضمون له، رجع على أصح الوجهين، وإن كذبه المضمون له، وصدقه المضمون عنه: فالقول قول رب الدين، وله مطالبة الأصيل والضامن[٢]، فإن غرم الضامن، كان له الرجوع على المضمون عنه، إن كان تصديقه، لكونه حضر الأداء وجها واحدا، وكذا إن صدقه ولم يكن حاضرا على المذهب.

وفيه وجه: أنه لا يرجع؛ لأن الأول غير مبرئ فى الظاهر، والثانى هو مظلوم فيه[٣]. وقد أجرى الماوردى هذا الوجه، فيما لو كان المضمون عنه حاضرا الأداء، بناء على أنه يجب على الضامن الإشهاد، فإن كان المضمون عنه حاضرا ثم أداه رجع بما غرمه أولا، إن كان الأصيل حاضرا الأداء الأول.

وإن كان غائبا، فثلاثة أوجه:

أحدها: يرجع بالأول[٤].

والثانى: يرجع بالثانى.

وفائدتهما تظهر فيما لو كان الأول صحيحا والثانى مكسرا[٥].

والثالث: حكاه المتولى يرجع بأقلهما[٦].

---

(١) ينظر: روضة الطالبين ٤/ ٢٧١.
(٢) ينظر: مغنى المحتاج ٢/ ٢١١.
(٣) ينظر تتمة الإبانة ٥/ ١٠٢.
(٤) ينظر: مغنى المحتاج ٢/ ٢١١.
(٥) ينظر: نهاية المحتاج ٣/ ٤٦٥.
(٦) ينظر: تتمة الإبانة خ.

وتجرى هذه الأوجه[١] - أيضا - فيما إذا كان الأصيل حاضر الأداء على الوجه السائر إلى وجوب الإشهاد بحضرة الأصيل.

وإن غرم رب الدين الأصيل، فهل للضامن الرجوع عليه بما غرمه؟ فيه وجهان، أصحهما فى تعليق القاضى الحسين وغيره فيما إذا كان المضمون عنه حاضرا الأداء: الرجوع، وفيما إذا كان غائبا: العدم، وبه جزم البندنيجى.

فإن قلنا: إن له أن يرجع عليه، فله تحليفه إِذا أنكر.

وإن قلنا: لا يرجع عليه، فينبنى تحليفه على أن النكول مع اليمين كالبينة أم الإقرار؟

فإن قلنا: كالبينة، كان له تحليفه، وإلا فلا، كذا صرح به المتولى[٢] .

فرع: إذا أشهد من يكتفى به فى الرجوع، فمات أو غاب، فلا أثر لذلك فى منع الرجوع إذا صدقه المضمون عنه على جريان الإشهاد[٣] إلا أن يشهد من يعرف أنه يظعن عن قريب.

وفى النهاية حكاية وجه فيما إذا مات من أشهده أنه لا يرجع إذا لم ينتفع المضمون عنه بأدائه، فإن القول قول رب الدين فى نفى الاستيفاء،[٤] ولو كذبه فى دعواه الإشهاد، فالقول قول المضمون عنه على الأصح.

وفيه وجه: أن القول قول الضامن؛ لأن الأصل عدم التقصير.

ولو عين الضامن شاهدين، وقال: أنه أشهدهما، فكذباه، فهو كما لو لم يشهد، ولو قالا: لم نذكر، وربما نسينا، ففيه تردد[٥] .

إذا ثبت هذا: فلتفصيل مسألة الإشهاد، نذكر ما ذكره صاحب البيان فيها فنقول: إذا ضمن رجل عن غيره ألف درهم بإذنه، ثم ادعى الضامن أنه دفعها إلى المضمون له، وأنكر المضمون له ذلك، ولم تكن هناك بينة - فالقول قول المضمون له مع يمينه؛ لأن الأصل عدم القبض، فإذا حلف، كان له أن يطالب أيهما شاء؛ لأن حقه

---

(١) ينظر: روضة الطالبين ٤/ ٢٧٢ .
(٢) ينظر: تتمة الإبانة خ .
(٣) ينظر: الشامل خ، تتمة الإبانة خ .
(٤) ينظر: روضة الطالبين ٤/ ٢٧٢، الابتهاج شرح المنهاج ٣/ ١٦٣ .
(٥) ينظر: فتح العزيز ١٠/ ٣٩٩، روضة الطالبين ٤/ ٢٧٢، الابتهاج شرح الإبهاج ٣/ ١٦٣ .

ثابت فى ذمتهما، فإن أخذ الألف من المضمون عنه، برئت ذمته، وذمة الضامن، وهل للضامن أن يرجع بالألف الأولى على المضمون عنه؟ لا يخلو: إما أن يكون دفع بغير محضر المضمون عنه، أو بمحضره.

فإذا دفع بغير محضره، فلا يخلو: إما أن يشهد على الدفع أو لم يشهد، فإن لم يشهد على الدفع، نظرت فى المضمون عنه:

فإن صدق الضامن أنه دفع، فهل له الرجوع عليه؟ فيه وجهان، حكاهما ابن الصباغ:

أحدهما -وهو قول أبى على بن أبى هريرة -: أنه يرجع عليه؛ لأنه قد صدقه أنه أبرأ ذمته بدفع الألف، فكان له الرجوع عليه، كما لو كان دفع بحضرته.

والثانى - وهو قول أبى إسحاق -: أنه لا يرجع عليه بشىء، وهو المشهور، ولم يذكر الشيخ أبو حامد غيره؛ لأنه يقول: وإن دفعت، فلم تدفع دفعا يبرئنى من حقه؛ لأنك لم تسقط بذلك عنى المطالبة، فلم تستحق على بذلك رجوعا، ويخالف إذا كان بحضرته، فإن المفرط هو المضمون عنه.

وإن كذبه المضمون عنه، فهل عليه اليمين؟

إن قلنا: لو صدقه كان له الرجوع، كان على المضمون عنه أن يحلف: أنه ما يعلم أنه دفع.

وإن قلنا: لو صدقه لا رجوع له عليه، فلا يمين عليه.

وإن اختار المضمون له أن يرجع على الضامن، فرجع عليه، برئت ذمة المضمون عنه والضامن، وهل للضامن أن يرجع على المضمون عنه إذا صدقه فى دفع الأولى؟

إن قلنا بقول أبى على بن أبى هريرة: إن للضامن أن يرجع بالأولى على المضمون عنه إذا رجع المضمون له على المضمون عنه، رجع الضامن هاهنا بالألف الأولى على المضمون عنه، ولا يرجع عليه بالثانية؛ لأنه يعترف أنه وزنها ظلما، فلا يرجع على غير من ظلمه.

وإن قلنا بالمشهور: إنه لا يرجع عليه بشىء فى الأولى، فهل يرجع ههنا بشىء؟ فيه وجهان، حكاهما ابن الصباغ:

أحدهما: لا يرجع عليه بشىء.

أما الأولى: فقد مضى الدليل عليها.

وأما الثانية: فلا يرجع بها؛ لأنه يعترف أن المضمون له ظلمه بأخذها، فلا يرجع بها على غير من ظلمه.

والثاني: يرجع عليه، ولم يذكر الشيخ أبو حامد غيره؛ لأنه قد أبرأ المضمون عنه بدفعه عنه ظاهرا وباطنا، فكان له الرجوع عليه، كما لو دفع بالبينة.

فإذا قلنا بهذا: فبأيتهما يرجع؟ فيه ثلاثة أوجه:

أحدها - وهو قول القاضى أبى حامد -: أنه يرجع عليه بالثانية؛ لأن المطالبة عن المضمون عنه سقطت بها فى الظاهر.

والثانى: يرجع بالأولى؛ لأن براءة الذمة حصلت بها فى الباطن.

والثالث: وهو قول ابن الصباغ -: أنه يرجع بأقلهما؛ لأنه إن كان قد ادعى أنه دفع فى المرة الأولى ثوبا قيمته دون الألف، وفى الثانية دفع الألف، فقد أقر بأن الثانية ظلمه بها المضمون له، فلا يرجع بها على غير من ظلمه، وإن كان يدعى أنه دفع فى المرة الأولى ألف درهم، وفى المرة الثانية ثوبا قيمته دون الألف، لم يرجع إلا بقيمة الثوب؛ لأنه لو لم يدفعه، لم يستحق الرجوع بالأولى، فلم يستحق إلا قيمة الثوب.

فإن كان الضامن حين دفع الألف الأولى بغير محضر المضمون عنه قد أشهد على الدفع، فإن كانت البينة قائمة، حكم بها على المضمون له، ولم تقبل يمينه، ويكون للضامن أن يرجع على المضمون عنه، وإن كانت البينة غير قائمة، فصدقه المضمون عنه أنه قد دفع، وأشهد - نظرت:

فإن كان قد أشهد شاهدين عدلين، إلا أنهما غابا، أو ماتا، أو فسقا، فإن المضمون له إذا حلف، كان له أن يرجع على أيهما شاء، فإن رجع على المضمون عنه، كان للضامن أن يرجع أيضا - على المضمون عنه بالألف التى قد دفع عنه؛ لأنه قد اعترف أنه دفع عنه دفعا يبرئه، ولا صنع له فى تعذر الشهادة، وإن رجع المضمون له على الضامن، لم يرجع بالثانية؛ لأنه ظلمه بها، وإنما يرجع بالأولى، لما ذكرناه.

وإن أشهد شاهدين عبدين، أو كافرين، أو فاسقين ظاهرى الفسق، فهو كما لو لم يشهد، هل له أن يرجع على المضمون عنه؟ على الوجهين إذا صدقه على الدفع، ولم يشهد على ما مضى فى الأولى من التفريع.

وإن أشهد شاهدين ظاهرهما العدالة، ثم بان أنهما كانا فاسقين، ففيه وجهان:

أحدهما: يرجع الضامن على المضمون عنه؛ لأنه لم يفرط فى الإشهاد، وليس عليه المعرفة فى الباطن.

فعلى هذا: حكمه حكم ما لو أشهد عدلين، ثم ماتا.

والثاني: حكمه حكم ما لو لم يشهد؛ لأنه أشهد من لا تثبت الحقوق بشهادته، فأشبه العبدين.

وإن أشهد شاهدا واحدا عدلا، فإن كان موجودا، حلف معه، وكان كما لو أشهد عدلين، وحكم بشهادتهما، وإن كان ميتا، أو غائبا، أو طرأ عليه الفسق، ففيه وجهان:

أحدهما: حكمه حكم ما لو أشهد عدلين، ثم فسقا؛ لأنه دفع بحجة، وإنما عدمت، كالشاهدين.

والثاني: حكمه حكم ما لو لم يشهد؛ لأنه فرط حيث اقتصر على بينة مختلف فى قبولها، فهو كما لو لم يشهد.

وأما إذا دفع الضامن الألف الأولى بمحضر من المضمون عنه، فإن أشهد على الدفع، فإن كانت البينة قائمة، أقامها وحكم بها، وإن كانت غير قائمة، فعلى ما مضى، وإن لم يشهد، فحلف المضمون له، رجع على من شاء منهما، وهل للضامن أن يرجع على المضمون عنه؟ فيه وجهان:

أحدهما: من أصحابنا من قال: حكمه حكم ما لو لم يشهد، وكان الدفع بغيبة المضمون عنه على ما مضى؛ لأنه فرط فى ترك الإشهاد، فصار كما لو دفع فى غيبة المضمون عنه.

والثاني - وهو المنصوص - أنه يرجع عليه؛ لأن المفرط فى ترك الإشهاد هو المضمون عنه.

وإن ادعى الضامن أنه دفع الحق إلى المضمون له، فأنكر ذلك المضمون له والمضمون عنه، ولم تكن هناك بينة - فالقول قول المضمون له، فإن لم يحلف، ردت اليمين على الضامن، فإن حلف، بنينا على القولين فى يمين المدعى مع نكول المدعى عليه:

فإن قلنا: إنه كالبينة، برئ الضامن والمضمون عنه من دين المضمون له، وكان

للضامن أن يرجع على المضمون عنه.

وإن قلنا: إن يمين المدعى مع نكول المدعى عليه كإقرار المدعى عليه، فهو كما لو صدق المضمون له الضامن على الدفع، وأنكر المضمون عنه الدفع، فإنه لا مطالبة للمضمون له على أحدهما؛ لأنه قد أقر باستيفاء حقه، وهل للضامن أن يرجع على المضمون عنه؟ فيه وجهان لأبى العباس:

أحدهما: القول قول المضمون عنه مع يمينه، ولا يرجع الضامن عليه بشىء؛ لأن الضامن يدعى القضاء ليرجع، فلم يقبل؛ لأن الأصل عدمه، والمضمون له يشهد على فعل نفسه، فلم يقبل.

والثانى: يرجع الضامن على المضمون عنه؛ لأن قبض المضمون له يثبت مرة بالبينة، ومرة بالإقرار، ولو ثبت القبض بالبينة، لرجع عليه، فكذلك إذا ثبت بالإقرار.

فرع: إذا أدى ضامن الضامن الدين، كان حكمه مع من ضمنه كحكم الضامن مع الأصيل.

فإذا لم يكن له الرجوع على الضامن الأول، لم يثبت بأدائه للأول الرجوع على الأصيل.

وإن كان له الرجوع على الضامن الأول، فرجع عليه، رجع الأول على الأصيل إذا وجد شرطه.

ولو أراد ضامن الضامن أن يرجع على الأصيل، نظر:

إن كان الأصيل قد قال له اضمن عن ضامنى، ففى رجوعه عليه وجهان، كما لو قال لإنسان: أد دينى، وليس كما لو قال: اقض دين فلان، ففعل، حيث لا يرجع على الأمر؛ لأن الحق لم يتعلق بذمته[1]، ولو لم يقل له: اضمن عن ضامنى فإن كان الحال بحيث لا يقتضى رجوع الأول على الأصيل، لم يرجع الثانى عليه، وكذلك لو كان يقتضيه على أصح الوجهين[2].

فرع: وإن كان لرجل على رجلين ألف درهم، على كل واحد منهما خمسمائة

---

(١) ينظر: فتح العزيز ١٠/ ٣٩٣.
(٢) ينظر: روضة الطالبين ٤/ ٢٦٨.

وكل واحد منهما ضامن على صاحبه، فلمن له الدين أن يطالب بالألف من شاء منهما جميعا، فإن قبض من أحدهما ألفا، برئا جميعا، وكان للدافع أن يرجع على صاحبه بخمسمائة إن ضمن بإذنه، وقضى بإذنه.

وإن قبض من أحدهما خمسمائة، فإن قال الدافع: خذها عن التى لك على أصلا، لم يرجع الدافع على صاحبه بشىء.

وإن قال: خذها عن التى ضمنت، برئا عنها، وكان رجوعه على صاحبه على ما مضى.

وإن دفعها إليه وأطلق، فاختلف الدافع والقابض، فقال الدافع: دفعتها وعينتها عن التى ضمنتها، أو نويتها عنها، وقال المضمون له: بل عينتها، أو نويتها عن التى هى أصل عليك، فالقول قول الدافع مع يمينه؛ لأنه أعلم بقوله ونيته.

وإن اتفقا أنه لم يعينها عن أحدهما، ولا نواها، ثم اختلفا فى جهة صرفها - ففيه وجهان:

أحدهما: تصرف إليهما نصفين.

والثانى: للدافع أن يصرفها إلى أيهما شاء، وقد مضى دليل الوجهين فى الرهن.

وإن أبرأه المضمون له عن خمسمائة، واختلفا فيما وقعت عليه البراءة، ففى هذه المسائل القول قول المضمون له، فيما أبرأ عنه إذا اختلفا فى تعيينه، أو نيته.

وإن أطلق، ففيه وجهان:

أحدهما: ينصرف إليهما.

والثانى: يعينه المضمون له فيما شاء.

فرع: قال صاحب الكفاية: إذا أدى الضامن الدين، وكان ثمن مبيع، فخرج مستحقا، استحق عين ما بذل.

وإن خرج معيبا فرده المضمون عنه، نظر:

إن كان الضمان فى صورة تثبت الرجوع، وجب رد المقبوض على المضمون عنه، فإنا نقدر دخول المدفوع فى ملك المضمون عنه قبيل الدفع للمضمون له، كما صرح به الإمام فى ضمن ما إذا ضمن للمرأة صداقا عن زوجها، وغرم، ثم ارتدت قبل المسيس.

وإن كان فى صورة لا تثبت له الرجوع، فهذا شبيه بما إذا أدى ذلك من غير

ضمان.

وقد حكى الإمام فى أواخر كتاب الرهن وجهين فى أن المقبوض والحالة هذه، هل يرد إلى المؤدِّى، إو إلى المؤدى عنه، وكذلك حكى المحاملى هذين الوجهين فى كتاب الرهن أيضا[١] .

فرع: إذا ضمن عن غيره ألف درهم مكسرة، فدفع إليه ألف درهم صحاحا فى موضع ثبت له الرجوع على المضمون عنه - فإنه لا يرجع عليه بالصحاح؛ لأنه تطوع بتسليمها، وإنما يرجع بالمكسرة.

وإن ضمن عنه ألف درهم صحاحا، فدفع ألفا مكسرة، لم يرجع إلا بالمكسرة؛ لأنه لم يغرم غيرها، وهذا ما جزم به البندنيجى، واختاره الشيخ أبو محمد، كما حكاه ابن الرفعة.

وإن صالح الضامن عن الألف على ثوب، ففيه وجهان:

أحدهما -وهو المشهور -: أنه يرجع على المضمون عنه بأقل الأمرين من قيمة الثوب، أو الألف؛ لأنه إن كان قيمة الثوب أقل، لم يرجع بما زاد عليه؛ لأنه لم يغرم غير ذلك. وإن كانت قيمة الثوب أكثر من الألف، لم يرجع بما زاد على الألف؛ لأنه متطوع بالزيادة عليه، وهذا ما جزم به الماوردى، وهو الأصح، كما حكاه ابن الرفعة أيضا.

والوجه الثانى - حكاه المسعودى، والشيخ أبو نصر -: أنه يرجع بالألف بكل حال، وهو قول أبى حنيفة رحمه الله، كما لو اشترى رجل شقصا بألف، ثم أعطاه عن الألف ثوبا يساوى خمسمائة فإن المشترى يرجع على الشفيع بألف، وأما إذا صالح الضامن المضمون له عن الألف على خمسمائة، وقلنا: يصح، فإن الضامن والمضمون عنه يسقط عنهما الألف، كما لو أخذ بالألف ثوبا يساوى خمسمائة.

قال المسعودى: ولا يرجع الضامن على المضمون عنه إلا بخمسمائة وجها واحدا؛ لأنه لم يغرم غيرها.

هذا: وقد ذكر ابن الرفعة فى الكفاية الوجه الأول بصيغة الجزم، وكأنه يقطع بصحته، ثم ذكر وجها ثانيا يغاير المذكور ههنا - ذكره بصيغة التمريض، فقال:

---

(١) ينظر: فتح العزيز ١٠/ ٣٩٤، روضة الطالبين ٤/ ٢٦٩، تتمة الإبانة خ .

وقيل: يرجع فيما إذا كانت قيمة الثوب أقل من الدين بقدر الدين، وهو ما حكاه الرويانى فى البحر عن ابن سريج، وأنه طرده فيما إذا قضى المكسر عن الصحاح[١]؛ لأنه قد حصل براءة ذمته بما فعل، والمسامحة جرت معه.

ثم قال: ولو أنه باعه الثوب بقدر الدين وتقاصا، فالرجوع بالدين بلا خلاف، أما إذا دفعه عن الدين المضمون بأن قال للمضمون له: بعتك هذا الثوب بما ضمنته لك عن فلان، ففى صحة البيع وجهان، حكاهما الرافعى عن الأستاذ أبى منصور البغدادى، فإن صححناه، فيرجع بما ضمنه أم بالأقل مما ضمنه ومن قيمة الثوب؟ فيه وجهان.

قلت - أى: ابن الرفعة -: والخلاف فى صحة البيع قريب مما حكيته فى الصلح عن الإمام وغيره فيما إذا أدى من لم يكن ضامنا عن دين غيره عوضا، هل يصح؟ فيه وجهان، والأصح: الصحة.

وقد رجع حاصل الخلاف إلى أن الضامن يرجع بما أسقط أو بما أدى، إذا كان أقل مما أسقط[٢].

فرع: وإن كان على مسلم لذمى ألف درهم، فضمن عنه ذمى، ثم إن الضامن صالح المضمون له عن الدين الذى ضمنه على المسلم على خمر أو خنزير، فهل يصح الصلح؟ فيه وجهان:

أحدهما: لا يصح، ولا يبرأ واحد منهما عن حق المضمون له؛ لأنه متصل بحق المسلم.

والثانى: يصح؛ لأن المعاملة بين ذميين.

فإذا قلنا بهذا: فبماذا يرجع الضامن على المسلم؟

إن قلنا: إنه إذا صالحه على ثوب يرجع عليه بأقل الأمرين، لم يرجع بشىء.

وإن قلنا: يرجع عليه بالألف، رجع هاهنا بها أيضا.

فرع : قال ابن الرفعة: وإن أحاله الضامن على من له عليه دين، رجع على المضمون عنه، أى فى الحال؛ لأن الحوالة إما بيع - كما هو الصحيح - فأشبه ما إذا

---

(١) ينظر: بدائع الصنائع ٥/ ١٥، حاشية رد المحتار ٥/ ٢٧٥ .

(٢) ينظر: كفاية النبيه خ، الشامل خ .

أعطاه عن الدين ثوبا، وإما استيفاء، وهو لو أوفاه لرجع، فكذلك إذا أحاله.

وإن أحاله على من لا دين له عليه - أي: وصححناها - لم يرجع - أى فى الحال - لأنه لم يغرم شيئا حتى يدفع إليه المحال عليه، ثم يرجع على الضامن، فيغرمه، ثم يرجع الضامن على المضمون عنه؛ لأنه حينئذ قد غرم بإذنه، وهذا من الشيخ - يعنى: الشيرازى فى التنبيه - تفريع على أن هذه الحوالة لا تحصل براءة ذمة المحيل فى الحال، بناء على أنها فى الحقيقة ضمان - كما حكيناه عن صاحب التهذيب وغيره فى بابها - وقد وجد من المحيل الإذن فى الأداء، أو لم يوجد على أصح الوجوه فيما إذا ضمن بالإذن، فأدى بغير الإذن، إقامة للحوالة مقام الإذن فى الضمان، كما صرح به البندنيجى.

أما إذا قلنا: إنها تحصل براءة الذمة فى الحال، فلا يشترط دفع المحال عليه المال للمحتال، بل يشترط رجوع المحال عليه على المحيل الذى هو الضامن، كما صرح به الرافعى فى باب الحوالة، وإن كان القاضى أبو الطيب وابن الصباغ قد صارا إلى براءة ذمة الضامن والمضمون عنه بمجرد الحوالة، إذا صححناها، وقالا كما قاله الشيخ.

قلت - أى: ابن الرفعة -: وقد حكى الرافعى فيما إذا صححنا الضمان بشرط براءة الأصيل: أن الأصيل يبرأ، وأن الحق يبقى فى ذمة الضامن، وأن له الرجوع على المضمون عنه فى الحال إن كان قد ضمن عنه بإذنه، ومثل ذلك يظهر مجيئه ههنا إذ لم يظهر لى فرق بينهما.

وإن دفع إليه الحق ثم وهبه منه رجع؛ لأنه عاد إليه بسبب جديد فلم يسقط رجوعه، كما لو وهبه لأجنبى، ثم وهبه الأجنبى منه، وهذا هو الأصح فى الجيلى، واختاره فى المرشد.

وقيل: لا يرجع؛ لأنه لم يغرم شيئا على الحقيقة، وقد صرح الأئمة بأن هذا الخلاف وجهان مبنيان على القولين فيما إذا وهبت المرأة زوجها الصداق ثم طلقها قبل الدخول[١] .

تنبيه: ما الذى يرجع به الضامن إذا ثبت له الرجوع؟ ينظر:

فإن كان المضمون مثليا وقد أداه، رجع بمثله.

---

(١) ينظر: مختصر المزنى ٣/ ٣٤، تتمة الإبانة خ .

وإن كان من ذوات القيم كالحيوان ونحوه، قال ابن الرفعة: قال الإمام ههنا: لا يمتنع أن يجرى فيه الخلاف المذكور فى إقراض الحيوان، وصرح بحكاية ذلك عن رواية القاضى فى أوائل باب السلم، فقال: فى وجه: يرجع بالمثل الصورى، وفى وجه: بالقيمة.

وهذا البحث صحيح، لما تقرر أن المؤدى عند الرجوع فيه بسبب العيب، يرجع إلى المضمون عنه[1] .

فرع : وإن ضمن عن غيره دينا مؤجلا بإذنه، ثم إن الضامن عجل الدين للمضمون له قبل أجله، لم يرجع على المضمون عنه قبل حلول الأجل؛ لأنه تطوع بالتعجيل وهكذا الحكم فيما لو مات الضامن وأدى ورثته المال بسبب حلوله عليهم - لا يرجعون به قبل الأجل.

وإن ضمن رجل صداق امرأة، فأداه إليها الضامن، فارتدت قبل الدخول، سقط مهرها.

قال المسعودى: وترد المرأة ما قبضت من الصداق إلى الزوج، ثم ترده إلى الضامن.

فرع : وإن مات أحدهما حل الدين، لوجود سبب الحلول فى حقه، ولا يحل على الآخر.

لعدم ما يقتضيه فإنه لو حل به لكان إضرار به، فإنه يرتفق بالأجل. وخرج ابن القطان وجها فيما إذا مات الأصيل: أن الدين يحل على الضامن؛ لأنه فرعه.

ونقل ابن كج وجها: أن الضامن إذا مات لا يحل عليه كما لا يحل على الأصيل، والمذهب الأول.

نعم، لو كان الميت هو الأصيل، فأخر المستحق المطالبة، كان للضامن أن يطالبه بأخذ حقه من تركة الأصيل فى الحال، أو يبرئ الضامن؛ لأن التركة قد تهلك، فلا يجد مرجعا إذا غرم.

وفى رواية أبى على وجه: أنه ليس للضامن هذه المطالبة[2] .

---

(١) ينظر: بدائع الصنائع ٥/ ١٣ .

(٢) ينظر: فتح العزيز ١/ ٣٨٥، ٣٨٦، روضة الطالبين ٤/ ٢٦٥ .

قال المصنف - رحمه الله تعالى -:

(فصل) ويصح ضمان الدرك، على المنصوص، وخرج أبو العباس قولًا آخر: أنه لا يصح؛ لأنه ضمان ما يستحق من المبيع، وذلك مجهول.

والصحيح أنه يصح قولًا واحدًا؛ لأن الحاجة داعية إليه؛ لأنه يسلم الثمن، ولا يأمن أن يستحق عليه المبيع، ولا يمكنه أن يأخذ على الثمن رهنًا؛ لأن البائع لا يعطيه مع المبيع رهنًا، ولا يمكنه أن يستوثق بالشهادة؛ لأنه قد يفلس البائع، فلا تنفعه الشهادة، فلم يبق ما يستوثق به غير الضمان، ولا يمكن أن يجعل القدر الذى يستحق معلومًا، فعفى عن الجهالة فيه، كما عفى عن الجهل بأساس الحيطان.

ويخالف ضمان المجهول؛ لأنه يمكنه أن يعلم قدر الدين، ثم يضمنه، وفى وقت ضمانه وجهان:

أحدهما: لا يصح حتى يقبض البائع الثمن؛ لأنه قبل أن يقبض ما وجب له شىء، وضمان ما لم يجب لا يصح.

والثانى: يصح قبل قبض الثمن؛ لأن الحاجة داعية إلى هذا الضمان فى عقد البيع، فجاز قبل قبض الثمن.

وإن اشترى جاريةً، وضمن دركها، فخرج بعضها مستحقًّا، فإن قلنا: إن البيع يصح فى الباقى، رجع بثمن ما استحق، وإن قلنا: يبطل البيع فى الجميع، رجع على الضامن بثمن ما استحق، وهل يرجع عليه بثمن الباقى؟ فيه وجهان:

أحدهما: يرجع عليه؛ لأنه بطل البيع فيه لأجل الاستحقاق، فضمن، كالمستحق.

والثانى: لا يرجع؛ لأنه لم يضمن إلا ما يستحق، فلم يضمن ما سواه، وإن ضمن الدرك، فوجد بالمبيع عيبًا، فرده، فهل يرجع على الضامن بالثمن؟ فيه وجهان:

أحدهما: لا يرجع، وهو قول المزنى، وأبى العباس؛ لأنه زال ملكه عنه، بأمر حادث، فلم يرجع عليه بالثمن؛ كما لو كان شقصًا فأخذه الشفيع.

والثانى: يرجع؛ لأنه رجع إليه الثمن؛ بمعنى قارن العقد، فثبت له الرجوع على الضامن، كما لو خرج مستحقًّا، وإن وجد به العيب، وقد حدث عنده عيب، فهل يرجع بأرش العيب؟ على ما ذكرناه من الوجهين.

(الشرح) قوله: «الدَّرَك» - بفتحتين وسكون الراء - لغة، اسم من أدركت

الرجل: أى لحقته، وقد جاء عن النبى ﷺ «أَنَهَ كَانَ يَتَعَوَّذُ مِنْ جَهْدِ الْبَلاءِ وَدَرِكِ الشَّقاءِ»[١] أى: من لحاق الشقاء.

قال الجوهرى: الدرك: التبعة، قال أبو سعيد المتولى: سمى ضمان الدرك لالتزامه الغرامة عند إرداك المستحق عين ماله[٢] .

ويستعمل الفقهاء كذلك هذا اللفظ بمعنى التبعة: أى المطالبة والمؤاخذة[٣] :

فقد عرف الحنفية ضمان الدرك: بأنه التزام تسليم الثمن عند استحقاق المبيع[٤] .

وعرفه الشافعية بأنه: هو أن يضمن شخص لأحد العاقدين ما بذله للآخر إن خرج مقابله مستحقًّا أو معيبًا أو ناقصًا لنقص الصنجة، سواء أكان الثمن معينًا أم فى الذمة[٥] .

وعند بعض الفقهاء: هو الكفالة برد الثمن للمشترى عند استحقاق المبيع، بأن يقول: تكفلت أو ضمنت بما يدركك فى هذا المبيع. وإنما سُمِّى دَرَكًا لالتزامه الغرامة عند إدراكِ المستحق عين ماله.

ومن الفقهاء من قال: إن ضمان الدرك استعمل فى ضمان الاستحقاق عُرْفًا، وهو أن يضمن الثمن عند استحقاق المبيع. ومنهم من جعله نوعًا من ضمان العهدة. ومنهم من قال: إن ضمان الدرك هو نفس ضمان العهدة[٦] .

الأحكام: ويصح ضمان العهدة على المنصوص إذا كان البائع قد قبض الثمن، وقد نص الشافعى - رضى الله عنه - عليه فى آخر كتاب الإقرار.

---

(١) أخرجه البخارى (٦٣٤٧)، ومسلم (٥٣/ ٢٧٠٧)، والنسائى (٨/ ٢٦٩) من حديث أبى هريرة.

(٢) المصباح المنير مادة: (درك) وتهذيب الأسماء واللغات (٣/ ١٠٤) ودرر الحكام شرح مجلة الأحكام (١/ ٦٢٤) .

(٣) العناية بهامش فتح القدير (٥/ ٤٠٣)، ومغنى المحتاج (٢/ ٢٠١)، والشرقاوى على التحرير (٢/ ١٢١) .

(٤) الاختيار (٢/ ١٧٢، ١٧٣)، وبدائع الصنائع (٦/ ٩)، ابن عابدين (٤/ ٢٦٤) والبناية (٦/ ٧٤٤)، وفتح القدير (٥/ ٤٠٣) .

(٥) الشرقاوى على التحرير (٢/ ١٢١) .

(٦) ينظر: معجم المصطلحات الاقتصادية (١٨٣)، تحرير ألفاظ التنبيه (٢٠٤)، طلبة الطلبة (١٤٣)، تعريفات الجرجانى (٧٣)، التوقيف (٤٧٥)، التعريفات الفقهية (٣٥٩)، م ٦١٦ من المجلة العدلية، والمغنى (٧/ ٧٧)، الزرقانى على خليل (٥/ ١٣٩)، البحر الرائق (٦/ ٢٣٧)، رد المحتار (٤/ ٢٨١) .

وبذلك قال مالك، وأبو حنيفة، وأحمد.

أما إذا كان البائع لم يقبض الثمن - لم يصح الضمان؛ لأنه فى هذه الحالة لو خرج المبيع مستحقا، لم يجب على البائع رد شىء، فلا فائدة من الضمان.

وخرج أبو العباس بن سريج قولا أنه لا يصح ضمان العهدة حتى ولو قبض البائع الثمن.

وبه قال ابن القاص؛ لأنه ضمان ما لم يجب؛ ولأنه ضمان عين وهو الثمن، وسيأتى ما فيه؛ ولأنه ضمان مجهول؛ لأنه لا يعلم هل يستحق المبيع، أو بعضه؟.

والصحيح: أنه يصح؛ لأن الحاجة تدعو إلى الوثيقة على البائع، ولا يمكن التوثق إلا بالضمان هاهنا لأن الوثائق ثلاث: الرهن، والشهادة، والضمان.

فالرهن لا يمكن؛ لأن البائع لا يعطيه مع المبيع رهنا ولأنه لو أعطاه رهنا، لأدى إلى أن يبقى مرهونا أبدا.

وأما الشهادة فلا تفيد؛ لأن البائع قد يفلس، فلا تفيد الشهادة؛ لأنه لا يستوفى منها الحق، فلم يبق ما يستوثق المشترى به غير الضمان.

وأما قوله: إنه ضمان ما لم يجب، فغير صحيح؛ لأنه إن لم يكن المبيع مستحقا، فلا ضمان أصلا، وإن كان مستحقا، فقد ضمن الحق بعد وجوبه؛ لأنه ضمن ما وجب حيث الضمان؛ لأن رد الثمن كان واجبا من حين قبضه.

وأما قوله: إنه ضمان مجهول، فإنما صح الضمان هاهنا مع جهالة ما يستحقه المشترى؛ لأن الحاجة تدعو إلى ذلك، وأيضا: فإن القول بالجهالة هاهنا فيه نظر؛ لأنه إنما ضمن الجملة، فإذا خرج بعضه مستحقا، فقد وجب عليه بعض ما ضمنه.

وأما قوله: إنه ضمان عين، فإن فى ضمان العين وجهين:

فإن قلنا: يجوز، لم تبق فائدة لاعتراض المخالف فى صحة ضمان العهدة ههنا.

وإن قلنا: لا يجوز، فإن كان الضمان بعد التصرف، فليس بضمان عين، وإن كان قبل التصرف، فإنه إنما يجوز للحاجة إليه.

تنبيه: ذكرنا أنه لا يصح ضمان العهدة - أو الدرك - قبل أن يقبض البائع الثمن، وهو ما قطع به ابن الصباغ فى الشامل.

أما العمرانى فقد ذكر فى البيان وجها آخر: أنه يصح؛ لأن الحاجة تدعو إلى هذا الضمان قبل قبض الثمن، كما تدعو إليه بعد قبضه.

فرع: إذا ثبت أن ضمان العهدة يجوز فألفاظه أن يقول: ضمنت عهدته أو ثمنه، أو ضمنت دركه، أو يقول للمشترى: ضمنت خلاصك منه، أو يقول: متى خرج المبيع مستحقا، فقد ضمنت لك الثمن.

إذا ثبت هذا فقد حكى عن أبى يوسف أنه قال: العهدة كتاب الابتياع[١]، فإذا ضمن العهدة، كان ضمانا للكتاب.

وهذا ليس بصحيح؛ لأن ضمان العهدة صار فى العرف عبارة عن الدرك وضمان الثمن، وإذا ثبت للاسم عرف، انصرف الإطلاق إليه[٢].

فإن قال: ضمنت لك خلاص المبيع، لم يصح؛ لأنه لا يقدر على ذلك متى خرج مستحقا. قال ابن سريج: لا يضمن درك المبيع إلا أحمق.

فإن قيل: فقد نقل المزنى - رحمه الله - عن الشافعى - رضى الله عنه - فى كتاب الإقرار[٣]، فقال: ولو ضمن عهدة دار اشتراها أو خلاصها، فاستحقت، رجع بالثمن على الضامن إن شاء.

والخلاص: المال يسلم إليه.

قال ابن الصباغ: فالجواب أن أصحابنا تأولوا ذلك تأويلين:

أحدهما: أنه أراد بذلك خلاصك منها، وهذا محتمل عندى؛ لأن خلاصه إذا كان متعلقا بها، جاز إضافته إليها كما يضاف المصدر إلى الفاعل والمفعول به.

والثانى: أنه أراد: وخلاصها، وقد جاءت «أو» بمعنى الواو؛ كقوله - تعالى -: ﴿مِائَةِ أَلْفٍ أَوْ يَزِيدُونَ﴾ [الصافات: ١٤٧]، وقوله تعالى: ﴿وَلَا تُطِعْ مِنْهُمْ ءَاثِمًا أَوْ كَفُورًا﴾ [الإنسان: ٢٤]

إذا ثبت هذا، فإن ضمن خلاص المبيع، نظرت:

فإن كان فى البيع فسد البيع؛ لأنه شرط فاسد، وكذلك إن شرط ضمان عهدته وخلاصه فى العقد، أو مدة الخيار - فسد العقد، وإن ضمن خلاصه بعد لزوم العقد، لم يصح الضمان، ولم يؤثر فى العقد، وإن ضمن عهدته وخلاصه بعد لزوم

---

(١) ينظر: بدائع الصنائع ٦/ ٩، الهداية ٧/ ٢٢٦، حاشية ابن عابدين ٤/ ٢٨٢، مجمع الأنهر ٢/ ١٤٢، فتح القدير ٧/ ٢٢٦ - ٢٢٧، الاختيار ٢/ ٢٨١.

(٢) ينظر: الفروق للقرافى ١/ ١٧٦، إعلام الموقعين ٣/ ٧٨.

(٣) ينظر: مختصر المزنى ٣/ ٢٧.

العقد، فسد فى الخلاص، ولم يؤثر فى العقد، وهل يفسد فى ضمان العهدة؟ مبنى على القولين فى تفريق الصفقة[(١)] .

فرع: إذا ثبت ضمان العهدة وصحته، فالكلام فيما يلزم الضامن به.

وجملة ذلك، أن استحقاق المبيع ورجوع المشترى بالثمن لا يخلو: إما أن يكون بسبب حادث بعد العقد، أو بسبب مقارن للعقد[(٢)] .

فإن كان بسبب حادث، مثل: أن يتلف المبيع فى يد البائع، أو يغصب من يده، أو يتقايلان - فإن المشترى يرجع على البائع بالثمن، ولا يرجع على الضامن؛ لأن هذا الاستحقاق لم يبن أنه كان موجودا حال العقد، وإنما ضمن به فى العقد الاستحقاق الموجود حال العقد.

وأما إذا كان الاستحقاق للثمن بسبب كان موجودا حال العقد، نظرت:

فإن كان ذلك بسبب لا تفريط من البائع فيه، كاستحقاقه بالشفعة - فإن الشفيع إذا أخذ الشقص من المشترى، رجع المشترى بالثمن عليه، ولا يرجع على البائع ولا الضامن؛ لأن الشفعة مستحقة على المشترى.

وإن كان ذلك بسبب فرط فيه، نظرت:

فإن كان رد المشترى المبيع بعيب كان موجودا حال العقد، فإنه يرجع بالثمن على البائع، وهل له الرجوع على الضامن؟ فيه وجهان:

أحدهما: له الرجوع؛ لأنه استحق الثمن بسبب قارن العقد، حصل بتفريط البائع، فكان له الرجوع على الضامن، كما لو استحق.

والثانى: لا يرجع، وإليه ذهب المزنى - رحمه الله - وأبو العباس.

ووجهه: أن ملك المشترى زال عن المبيع بسبب حادث فلم يرجع به على الضامن، كما لو تلف فى يد البائع، ولأن الضامن إنما ضمن ما وجب، وهذا لم يكن واجبا.

فأما إذا كان فيه عيب، وحدث عند المشترى عيب، فليس له رده، وله الرجوع بأرش العيب، ويرجع به على البائع.

---

(١) ينظر: روضة الطالبين ٤/ ٢٤٧، مغنى المحتاج ٢/ ٢٠١، كفاية النبيه خ .

(٢) ينظر: شرح المختصر للقاضى أبى الطيب خ .

وهل يرجع به على الضامن؟ على ما ذكرناه من الوجهين.

قال أبو العباس: فإن قال: ضمنت لك كل عيب، فمتى رده بعيب، كان له الرجوع عليه.

فأما إذا بان مستحقا، نظرت:

فإن كان جميعه مستحقا، رجع بجميع الثمن، إن شاء على البائع، وإن شاء على الضامن.

وإن بان بعضه مستحقا، انفسخ العقد فيما بان مستحقا، وهل ينفسخ فى الباقى؟ قولان؛ لأن الصفقة تفرقت.

وإذا قلنا: يصح فى الباقى، فله الفسخ فيه؛ لأن الصفقة تبعضت عليه.

إذا ثبت هذا فإن كان رجوعه بما يخص المستحق، كان له الرجوع به على البائع، وعلى الضامن(١) .

وإن رجع بالباقى، ففيه وجهان.

أحدهما: لا يرجع به على الضامن؛ لأنه استحق الرجوع به؛ لأن الصفقة لا تتبعض، أو لأنه اختار فسخ العقد فيه.

والثانى: يرجع به على الضامن؛ لأنه ثبت له بسبب الاستحقاق، وما ثبت له بسبب الاستحقاق رجع به على ضامن العهدة، كما لو كان الكل مستحقا(٢) .

فرع: فأما إذا ضمن له قيمة ما يحدث فى المبيع من بناء أو غرس، لم يصح الضمان لمعنيين.

أحدهما: أنه ضمان ما لم يجب.

والثانى: أنه ضمان مجهول.

فإن قال: من درهم إلى مائة، فسد؛ لأنه ضمان ما لم يجب خاصة(٣) .

وعند أبى حنيفة: يصح هذا الضمان؛ لأن عنده: ما لم يجب والمجهول يصح ضمانهما(٤) .

---

(١) ينظر: المهذب ١/ ٢٦٩، شرح المختصر للقاضى أبى الطيب خ .

(٢) ينظر: كفاية النبيه خ، شرح المختصر للقاضى أبى الطيب خ .

(٣) ينظر: مغنى المحتاج ٢/ ٢٠٢، شرح المختصر للقاضى أبى الطيب خ .

(٤) ينظر: فتح القدير ٧/ ١٨١ - ١٨٧ وهو قول المالكية والحنابلة كذلك .
ينظر: حاشية الدسوقى ٣/ ٣٣٣، المغنى ٤/ ٥٩٤ - ٥٩٨ .

وإذا ثبت هذا، فإذا ضمن ذلك البائع فى عقد البيع، أو ضمنه غيره وشرط ذلك فى العقد فسد به العقد، وكذلك إن كان فى زمان الخيار.

وإن كان بعد لزوم العقد، لم يصح، ولم يؤثر فى العقد.

وإن ضمن ذلك مع العهدة، فإن كان البائع، لم يصح ضمان ما يحدث، والعهدة واجبة عليه بغير ضمان.

وإن كان أجنبيا، فسد فيما يحدث.

وهل يفسد فى العهدة؟ على القولين فى تفريق الصفقة إلا أن يكون ذلك مشروطا فى العقد، فيفسد العقد وجميع الضمان(١) .

فرع: قال المسعودى: لو اشترى رجل شيئا بثمن، وسلمه، وضمن رجل للبائع نقصان الوزن، أو رداءة الثمن، فخرج الثمن ناقصا، أو رديئا، أو معيبا، فله أن يطالب الضامن بما نقص من الثمن، وله أن يرد الردىء والمعيب على المشترى، ويطالب الضامن بالثمن، هكذا ذكر.

قال العمرانى: والذى يقتضى المذهب: أنه لا يطالبه ببدل الثمن إلا إذا كان الثمن فى الذمة، ثم عينه، فضمن ضامن له رداءة المعين، فأما إذا كان الثمن معينا، فوجده رديئا أو معيبا، فرده، لم يطالب ببدله، بل يطالب بالمبيع.

فرع : وقد فرع ابن الرفعة على القول بصحة ضمان العهدة - صحة ضمان نقصان الصنجة، فقال: وكما يصح ضمان العهدة للمشترى يصح ضمان نقصان الصنجة للبائع، بأن جاء المشترى بصنجة، ووزن بها الثمن، فاتهمه البائع فيها، فضمن ضامن النقص.

وقد يقوى فى هذه الصورة ما خرجه ابن سريج من حيث إن المضمون النقص، وهو مجهول، بخلاف جملة الثمن فى ضمان الدرك، فإنه معلوم(٢) .

وكذا يجوز ضمان رداءة الثمن إذا شك البائع فى أن المؤدى، هل هو من الضرب الذى يستحقه أم لا؟ ولا يختص ذلك بالثمن، بل لو كان لرجل على رجل ألف درهم، فقبضها، وضمن له رجل بدل ما فيها من زايف أوبهرج، جاز.

---

(١) ينظر: شرح المختصر للقاضى أبى الطيب خ .
(٢) ينظر: الابتهاج خ .

قال الماوردى - قبل باب بيع اللحم باللحم -: وهذه من منصوصات ابن سريح.

فإن وجد القابض فيها زائفا، أو بهرجا، فهو بالخيار فى إبداله من القاضى والضامن، فلو قال الضامن: أعطونى المردود بعينه، لأعطيكم بدله، لم نعطه إياه[١].

ولو اختلف البائع والمشترى فى نقصان الصنجة، صدق البائع بيمينه، فإذ احلف طالب المشترى بالنقصان دون الضامن على أقيس الوجهين.

ولو اختلف البائع والضامن فى نقصانها، فالمصدق الضامن على أصح الوجهين؛ لأن الأصل براءة ذمته، بخلاف المشترى، فإن ذمته كانت مشغولة بحق البائع، والأصل بقاء الشغل.

ولو اختلفا فى أن المردود من المعوض أم لا؟ قال الماوردى ههنا: فإن كان معيبا، فالقول قول البائع وضامنه، وإن كان من غير جنس الدراهم، فهو كما لو وقع الاختلاف فى النقص[٢].

فرع: ويجوز ضمان المسلم فيه للمسلم إليه إذا خرج رأس المال مستحقا بعد تسليم المسلم فيه، وقبله لا يجوز فى أصح الوجهين، قاله الرافعى، ويتجه أن يجىء فيه ما ذكرناه فى الثمن.

ولا يجوز ضمان رأس المال للمسلم لو خرج المسلم فيه مستحقا؛ لأن المسلم فيه فى الذمة، والاستحقاق لا يتصور فيه.

ولو ضمن له رأس المال إن تعذر التسليم بالانقطاع،: قال المتولى: إن قلنا: الانقطاع لا يوجب فسخ العقد، فهو كما لو ضمن الثمن إن حدث بالمبيع عيب.

وإن قلنا: بالانقطاع ينفسخ العقد، فهو كما لو ضمن الثمن إن تلف المبيع قبل القبض[٣].

قال المصنف - رحمه الله تعالى -:

(فصل) وتجوز كفالة البدن، على المنصوص فى الكتب، وقال (فى الدعاوى، والبينات): إن كفالة البدن ضعيفة.

---

(١) ينظر: نهاية المحتاج ٣/ ٤٤٠.

(٢) ينظر: فتح العزيز ١٠/ ٣٦٥.

(٣) ينظر: روضة الطالبين ٤/ ٢٤٧، أسنى المطالب ٢/ ٢٣٨، تتمة الإبانة ٥/ ١٠٦.

فمن أصحابنا من قال: تصح قولًا واحدًا، وقوله ضعيفة أراد من جهة القياس.

ومن أصحابنا من قال: فيه قولان:

أحدهما: أنها لا تصح؛ لأنه ضمان عين فى الذمة بعقد، فلم يصح، كالسلم فى ثمرة نخلة بعينها.

والثانى: يصح، وهو الأظهر؛ لما روى أبو إسحاق السبيعى، عن حارثة بن مضرب، قال: صليت مع عبد الله بن مسعود الغداة، فلما سلم قام رجل فحمد الله، وأثنى عليه، وقال: أما بعد، - فوالله -: لقد بت البارحة، وما فى نفسى على أحد إحنة، وإنى كنت استطرقت رجلًا من بنى حنيفة، وكان أمرنى أن آتيه بغلس، فانتهيت إلى مسجد بنى حنيفة، مسجد عبد الله بن النواحة، فسمعت مؤذنهم يشهد أن لا إله إلا الله، وأن مسيلمة رسول الله، فكذبت سمعى، وكففت فرسى حتى سمعت أهل المسجد قد تواطئوا على ذلك؛ فقال عبد الله بن مسعود: علىَّ بعبد الله ابن النَّواحة، فحضر واعترف؛ فقال له عبد الله: أين ما كنت تقرأ من القرآن؟ قال: كنت أتقيكم به، فقال له: تب، فأبى؛ فأمر به، فأخرج إلى السوق فجز رأسه، ثم شاور أصحاب محمد فى بقية القوم، فقال عدى بن حاتم: ثؤلولُ كفر قد أطلع رأسه، فاحسمه، وقال جرير بن عبد الله والأشعث بن قيس: استتبهم، فإن تابوا كفلهم عشائرهم، فاستتابهم، فتابوا وكفلهم عشائرهم.

ولأن البدن يستحق تسليمه بالعقد، فجاز الكفالة به كالدين، فإن قلنا: تصح، جازت الكفالة ببدن كل من يلزمه الحضور فى مجلس الحكم بدين؛ لأنه حق لازم لآدمى، فصحت الكفالة به؛ كالدين.

وإن كان عليه حد، فإن كان لله - تعالى -، لم تصح الكفالة به؛ لأن الكفالة للاستيثاق، وحق الله - تعالى - مبنى على الدرء، والاسقاط، فلم يجز الاستيثاق بمنْ عليه.

وإن كان قصاصًا، أو حدَّ قذف؛ ففيه وجهان:

أحدهما: لا تصح؛ لأنه لا تصح الكفالة بما عليه، فلم تصح الكفالة به. كمن عليه حد لله تعالى.

والثانى: تصح؛ لأنه حق لآدمى، فجازت الكفالة ببدن من عليه كالدين.

ومن عليه دين غير لازم، كالمكاتب، لا تجوز الكفالة ببدنه؛ لأن الحضور لا

يلزمه، فلا تجوز الكفالة به؛ كدين الكتابة.

(فصل) وإن كان عليه دين مجهول، ففيه وجهان:

قال أبو العباس: لا تصح الكفالة ببدنه؛ لأنه قد يموت المكفول به، فيلزمه الدين فإذا كان مجهولًا، لم تمكن المطالبة.

والثانى: أنه تصح، وهو المذهب؛ لأن الكفالة بالبدن لا تعلق لها بالدين.

(فصل) وتصح الكفالة ببدن الكفيل، كما يصح ضمان الدين عن الضمين.

(الشرح) قوله: «استتبهم فإن تابوا كفلهم عشائرهم...» علقه البخارى[1]، ووصله البيهقى[2]، ومن طريقه الحافظ ابن حجر فى تغليق التعليق[3].

وقال الحافظ: إسناده صحيح قد أخرج أبو داود بعضه اهـ.

وهو عند أبى داود[4].

أما أبو إسحاق السبيعى[5]: فهو أبو إسحاق عمرو بن عبد الله السبيعى - بفتح السين المهملة وكسر الباء الموحدة الهمدانى الكوفى. رأى عليا، وابن عباس، وأسامة بن زيد، وابن عمر وسمع البراء بن عازب، وزيد بن أرقم.

روى عنه: منصور، والأعمش، وشعبة، والثورى، وهو تابعى مشهور كثير الرواية، ولد لسنتين من خلافة عثمان، ومات سنة تسع وعشرين ومائة، وقيل: سنة سبع وعشرين. وقال محمد بن سعد: وأخبرنا أبو نعيم قال: بلغ أبو إسحاق ثمانى أو تسعا وتسعين سنة، ومات سنة ثمان وعشرين ومائة.

وأما حارثة بن مضرب[6]: فهو حارثة بن مضرب - بضم الميم وفتح الضاد المعجمة وكسر الراء المشددة وبالباء الموحدة - العبدى الكوفى تابعى مشهور.

---

(١) ٥/ ٢٣٤ كتاب الكفالة باب الكفالة فى القرض.
(٢) ٦/ ٧٧
(٣) ٣/ ٢٩٠ - ٢٩١
(٤) ٢/ ٩٣ كتاب الجهاد باب فى الرسل (٢٧٦١).
(٥) ينظر ترجمته فى تهذيب التهذيب ٨/ ٥٦ - ٥٩، والتاريخ الكبير ٣/ ٢/ ٣٤٧، وذكر أسماء التابعين ٢/ ٢٦١، والكاشف ٢/ ٢٨٨، ومعرفة الثقات ٢/ ١٧٩، والثقات ٥/ ١٧٧، وطبقات ابن خياط ١٦٢.
(٦) ينظر ترجمته فى: تهذيب التهذيب ٢/ ١٤٥، ١٤٦، ومعرفة الثقات ١/ ٢٨٠، وتهذيب الأسماء واللغات ١/ ١٥١ والكاشف ١/ ١٤٢.

سمع عليا، وابن مسعود وغيرهما. روى عنه أبو إسحاق السبيعى - بفتح السين المهملة وكسر الباء الموحدة. حديثه عند أهل الكوفة وثقه يحيى بن معين وغيره.

قوله: عبد الله بن النواحة قال النووى فى تهذيب الأسماء واللغات: الكافر[1]: مذكور فى المهذب فى باب الضمان وفى السير فى مسألة لا يقتل رسول الكفار والنواحة المكثرة من النوح وقد ذكر فى المهذب أن ابن مسعود قتل عبد الله بن النواحة على كفره وردته واستتابه قبل قتله فأبى فقتله كافرًا.

وأما مسيلمة الكذاب[2] : فهو أبو أمامة، وقيل: أبو ثمامة، وقيل: مسيلمة ابن ثمامة، وقيل: مسيلمة بن حبيب بن حنيفة الكذاب، وكان المسلمون يذكرونه بتصغير الاسم على الاحتقار له، وقومه يأبون ذلك، وكان صاحب نارنجيات وهو أول من أدخل البيضة فى قارورة، وبذلك اغتر قومه، وله عقب، وجمع جموعا كثيرة من بنى حنيفة وغيرهم من سفهاء العرب وغوغائهم وقصد قتال الصحابة فى أثر وفاة رسول الله ﷺ فجهز عليه أبو بكر الصديق رضى الله عنه الجيوش وأميرهم خالد بن الوليد رضى الله عنه سنة إحدى عشرة من الهجرة فقاتلوه فظهروا على مسيلمة، قتله وحشى بن حرب قاتل حمزة بن عبد المطلب، فى خلافة أبى بكر الصديق رضى الله عنه.

وأما جرير بن عبد الله[3] : فهو أبو عمرو، وقيل: أبو عبد الله: جرير ابن عبد الله بن جابر، وهو الشليل - بضم الشين المعجمة وبلامين - ابن مالك ابن نصر ابن ثعلبة بن جشم - بضم الجيم وفتح الشيم المعجمة ابن عويف - بضم العين المهملة وفتح الواو - ابن خزيمة بن حرب بن على بن مالك بن سعد بن نذير ابن قسر - بفتح القاف وسكون السين المهملة، وهو مالك بن عبقر بن أنمار ابن أراش - بتخفيف الراء - ابن عمرو بن الغوث، البجلى الأحمسى. أسلم فى السنة التى مات فيها رسول الله ﷺ.

(١) ينظر تهذيب الأسماء واللغات (١/ ٢٩٢) (٣٣٦) .

(٢) ينظر خبره فى المعارف ٤٠٥ والفتوح ١/ ٢٦ - ٣٩ وتاريخ اليعقوبى ٢/ ١٢٩ - ١٣١ وسيرة ابن هشام ٥٩٩ - ٦٠١ .

(٣) تنظر ترجمته فى جمهرة الأنساب ٣٨٧، وابن خياط ١١٦، ١١٧، ١٣٨، والمعارف ٢٩٢، وتهذيب التهذيب ٢/ ٦٣، وتهذيب الأسماء واللغات ١/ ١٤٧، ١٤٨، والإصابة ٣/ ٢٣٣، والاستيعاب ١/ ٢٣٤، وأسد الغابة ١/ ٢٧٩ .

قال جرير: أسلمت قبل موت رسول الله ﷺ بأربعين يوما - فيما يقال - وكان سيدا فى قومه، وبسط له رسول الله ﷺ ثوبا ليجلس عليه وقت مبايعته، وقال: «إذا جاءكم كريم قوم فأكرموه» ووجهه إلى الخلصة طاغية دوس فهزمها، ودعا له حين بعثه إليها.

وشهد جرير مع المسلمين يوم المدائن، وله فيه أخبار مأثورة، ذكرها أهل السير، ولما مصرت الكوفة نزلها فمكث بها إلى خلافة عثمان رضى الله عنه، ثم بدت الفتنة، فانتقل إلى قرقيسياء، فسكنها إلى أن مات ودفن بها. قال خليفة بن خياط: ونزل جرير بن عبد الله قرقيسياء ومات بها سنة إحدى وخمسين.

وقال محمد بن سعد فى تسمية من نزل الكوفة، من أصحاب النبى ﷺ قال: جرير بن عبد الله البجلى: ابتنى بها دارا فى بجيلة، وتوفى بالسراة فى ولاية الضحاك بن قيس على الكوفة، وكانت ولاته سنتين ونصف بعد ولاية زياد. وقال الكلبى: فى سنة أربع وخمسين. مات جرير بن عبد الله البجلى. روى عنه أنس بن مالك، وقيس بن أبى حازم، والشعبى، وبنوه: عبيد، والمنذر، وإبراهيم.

وأما الأشعث بن قيس(١) : فهو أبو محمد الأشعث بن قيس بن معد يكرب ابن معاوية بن جبلة بن عدى بن ربيعة بن معاوية بن الحارث الأصغر بن الحارث الأكبر بن معاوية بن ثور بن مرتع - بضم الميم وفتح الراء وكسر التاء المثناة فوق المشددة - الكندى.

قدم على النبى ﷺ فى وفد كندة، وكان رئيسهم، وذلك فى سنة عشر. كان رئيسا فى الجاهلية مطاعا فى قومه، وكان وجيها فى الإسلام، وارتد عن الإسلام لما مات النبى ﷺ ثم راجع الإسلام فى خلافة أبى بكر رضى الله عنه، وخرج مع سعد ابن أبى وقاص إلى العراق، فشهد القادسية والمدائن وجلولاء، ونهاوند وشهد الحكمين بدومة الجندل ونزل الكوفة، ومات بها سنة أربعين وصلى عليه الحسن ابن على بن أبى طالب كرم الله وجهه وهو بها أيام صالح معاوية بن أبى سفيان، وقيل: مات سنة اثنتين وأربعين، وكان عمره يومئذ ثلاثا وستين سنة على ما قيل.

---

(١) نسب معد واليمن الكبير ١٣٧ - ١٤١، وجمهرة ابن حزم ٤٢٥، والمعارف ٣٣٣، ٣٣٤، وطبقات ابن خياط ٧١، والاستيعاب ١/ ١٣٣، وتهذيب التهذيب ١/ ٣١٣ .

قوله: «بِتُّ البارحة وما فى نفسى على أحدٍ إِحْنَةٌ»[١] البارِحة: الليلة الماضية، وهى أقرب ليلة مضت، تقول: لقيته البارحة ولقيته البارحة الأولى، وهى من بَرِحَ: إذا زال[٢] . وفى المَثَلِ: «ما أشبه الليلة بالبارحة»[٣] .

والإِحْنَةُ: العَدَاوَاة والحقد، يقال: فى صدره على إِحْنَةٌ، أى: حقد، ولا يقال: حِنَةٌ[٤] .

والجمع: إِحَنٌ، وقد أَحِنْتُ عليه بالكسر. قال الشاعر:

إذا كَانَ فِى صَدْرِ ابْنِ عَمِّكَ إِحْنَةٌ　　فلا تَسْتَثِرها سَوْفَ يَبْدُو دَفِيْنَها[٥]

قوله: «اسْتَطْرَقْتُ» طلبت منه أن يُنزى فرسه الذكر على فرسى الأنثى، وأصل الطريق بفتح الطاء: ماء الفحل، يقال: طرق الفحل الناقة طُرُوقًا، أى: قَعَا عليها. وطروقَةُ الفحل: أنثاه[٦] .

قوله: «بِغَلَسٍ» الْغَلَسُ: ظُلمة آخر الليل، قال الأخطل:

كَذَبَتْكَ عَيْنُكَ أَمْ رَأَيْتَ بِوَاسِطٍ　　غَلَسَ الظَّلَامِ مِنَ الرباب خَيَالَا[٧]

وبنو حنيفة[٨] : رهط منسوب إلى حنيفة بن لجيم بن صعب بن على بن بكر ابن وائل بن قاسط بن هنب بن أفصى بن دعمى بن جديلة بن أسد بن ربيعة، أخى عِجْل ابن لجيم[٩] ، وهم جماعة كبيرة من الصحابة والتابعين، ومن بعدهم من

---

(١) ينظر: النظم (١/ ٢٧٧) .
(٢) ينظر الصحاح (برح) .
(٣) ينظر: الفاخر (٣١٦)، وفصل المقال (٢٢٧)، ومجمع الأمثال (٣/ ٢٦٣).
(٤) ينظر إصلاح المنطق (٢٨٢)، وأدب الكاتب (٣٧٠)، وغريب الحديث للخطابى عن الأصمعى (٢/ ٥٢٩)، والفائق (١/ ٢٧). وفى العين (٣/ ٣٠٥): «وربما قالوا: حنة» وعقب عليه الأزهرى بأنه ليس من كلام العرب، قال: وأنكر الأصمعى والفراء حنة. تهذيب اللغة (٥/ ٢٥٧) .
(٥) البيت للأقيبل القينى فى اللسان (أحن)، ومقاييس اللغة (١/ ٦٧)، والتاج (أحن)، ولأبى الطمحان فى جمهرة اللغة ص (٤٢٤)، وبلا نسبة فى مجمل اللغة (٢/ ٦٧)، وديوان الأدب (١/ ٢٠١) .
(٦) ينظر: الصحاح (طرق) .
(٧) ينظر: ديوانه (٣٨٥)، والصحاح (غلس)، وخزانة الأدب (٦/ ٩، ١٠، ١٢، ١٩٥)، وشرح أبيات سيبويه (٢/ ٦٧)، وشرح التصريح (٢/ ١٤٤)، واللسان (كذب، أمم، غلس)، والتاج (غلس، أمم)، وبلا نسبة فى الأغانى (٧/ ٧٩) .
(٨) ينظر المغنى (١/ ٣٧٠) .
(٩) ينظر نسب معد واليمن الكبير لابن الكلبى (١/ ١٨، ١٩) .

العلماء والشعراء والأمراء والفرسان، وعامتهم كانوا باليمامة ثم تفرقوا.

قوله: «تواطئوا على ذلك»[١] أي: توافقوا، والمواطأة: الموافقة، وقد تقدم بيان ذلك.

قوله: «ثُؤْلُولُ كُفْرٍ قَدْ أَطْلَعَ رَأْسَهُ فَاحْسِمْهُ» الثُّؤْلُولُ: وَاحِدُ الثَّآلِيلِ، وهى: بُثُورٌ تخرج فى بدن الإنسان، يابسة صلبة، كأنها رءوس المسامير. فاحسمه: اقطعه، والحسم: القطع باستئصال، والحسام: السيف القاطع، وفى الحديث: أنه قال: «عَلَيْكُمْ بِالصَّوْمِ؛ فَإِنَّهُ تَحْسَمَةٌ لِلْعِرْقِ وَمَذْهَبَةٌ لِلأَشَرِ»[٢].

قوله: «عشائرهم» العشيرة: القبيلة، والجمع: العشائر، والعشير أيضًا: الصاحب المعاشر المخالط.

الأحكام: هل تصح الكفالة بالبدن؟

المنصوص للشافعى - رحمه الله - فى أكثر كتبه - كما فى اختلاف العراقيين، والإقرار والمواهب، وكتاب اللعان، حكاه أبن الصباغ فى الشامل - أنها صحيحة.

وقال فى الدعوى والبينات: كفالة الوجه عندى ضعيفة.

واختلف أصحابنا فيه:

فمنهم من قال: تصح الكفالة بالبدن، قولا واحدا، وقوله فى الدعوى والبينات: ضعيفة يريد فى القياس، وهو قوى فى الأثر، وقد صار إلى ذلك ابن سريج، وطائفة من متقدمى الأصحاب، كما حكاه ابن الرفعة.

وذهب المزنى، وأبو إسحاق، وابن ابى هريرة، والقاضى أبو حامد - كما حكاه ابن الرفعة أيضا - إلى: أن المسألة على قولين:

أحدهما: لا تصح؛ لقوله تعالى: ﴿قَالَ مَعَاذَ اللَّهِ أَن نَّأْخُذَ إِلَّا مَن وَجَدْنَا مَتَٰعَنَا عِندَهُۥٓ﴾ [يوسف: ٧٩] فكان قوله ذلك إنكارًا للكفالة أن تجوز حين سأل إخوته أن يأخذ أحدهم كفيلًا عمن وجد متاعه عنده ولأنها كفالة بعين، فلم تصح، كالكفالة بالزوجة، وبدن الشاهد.

---

(١) ينظر: النظم (١/ ٢٧٨).

(٢) ينظر: غريب الحديث (٢/ ٢٥٨)، والفائق (١/ ٢٨٣)، والنهاية (١/ ٣٨٦)، والصحاح (حسم).

ولأنه ضمان عين فى الذمة بعقد، فلم تصح، كما لو أسلم فى ثمرة نخلة بعينها.

فقولنا: «ضمان عين» احتراز من ضمان الدين، فإنه يصح.

وقولنا: «فى الذمة» احتراز من البائع، فإنه يضمن العين المبيعة فى يده، لا فى ذمته، ولو تلفت قبل القبض، لم يضمنها فى ذمته.

وقولنا: «بعقد»، احتراز من الغاصب، فإنه يضمن العين المغصوبة فى يده، وفى ذمته.

ولأن المكفول به لا يجب عليه تسليم نفسه، وإنما يجب عليه الخروج مما عليه من الحق، وحبسه - إن حبس - ليخرج من الحق، فلئلا يجب على الكفيل تسليم المكفول به أولى، وهذاالقول أخذ من قول الشافعى فى الدعاوى والبينات بعد أن نص على جوازها: «كفالة البدن ضعيفة»[1].

والقول الثانى: أن الكفالة بالبدن صحيحة، وهو قول شريح، والشعبى، ومالك، وأبى حنيفة، والليث بن سعد، وعبيد الله بن الحسن، وأحمد رحمة الله عليهم.

وهو الصحيح؛ لقوله تعالى: ﴿إِنَّ لَهُۥٓ أَبًا شَيْخًا كَبِيرًا فَخُذْ أَحَدَنَا مَكَانَهُۥٓ إِنَّا نَرَىٰكَ مِنَ ٱلْمُحْسِنِينَ﴾ [يوسف: ٧٨].

ولما روى: أن رجلا جاء إلى عبد الله بن مسعود - رضى الله عنه - فقال: إنى مررت بباب عبد الله بن النواحة، فسمعته يقول: أشهد أن لا إله إلا الله، وأشهد أن مسيلمة رسول الله، فكذبت سمعى، وكففت فرسى حتى سمعت أصحابه فى المسجد يضجون بذلك، فأرسل إليه عبد الله بن مسعود - رضى الله عنه - فحضر، واعترف بذلك، فقال له عبد الله - رضى الله عنه -: أليس كنت تقرأ القرآن؟ فقال: كنت أتقيكم به. فأمر به، فقتل ثم شاور أصحاب محمد ﷺ فى بقية أصحابه، فأشار بعضهم بقتلهم، وأشار بعضهم بأن يستتابوا، ويتكفل بعضهم عشائرهم، فاستتابهم، فتابوا، وكفلهم عشائرهم.

فدل على: أن الكفالة بالبدن كانت شائعة عند الصحابة - رضى الله عنهم - إذ لم ينكر عليه أحد من الصحابة - رضى الله عنهم - ذلك، وإن لم يكن هذا الموضع موضعا تصح فيه الكفالة بالبدن - لأنه لم يتوجه عليهم حق - إلا أنه فعله، استظهارا

---

(١) ينظر: الأم ٣/ ٣٤٤.

عليهم.

ولأن بالناس حاجة إليها، كحاجتهم لكفالة المال.

ولأن البدن يستحق تسليمه بعقد النكاح والإجارة، فاستحق تسليمه بعقد الضمان كالدين [١].

إذا ثبت هذا: فإذا قلنا: الكفالة بالبدن لا تصح، فلا تفريع عليه.

وإذا قلنا: تصح، فلها شروط.

أحدها: أن يكون عارفا بالمكفول بدنه.

وهل يشترط أن يكون عارفا، بالمكفول له؟ فيه وجهان.

الثاني: أن يكون على المكفول بدنه حق يستحق المطالبة به، سواء كان ثابتا فى الظاهر أم لا، هكذا قاله الماوردى.

وقال البندنيجى وغيره: أن يكون على المكفول به حق يصح ضمانه.

وما قاله الأول يقتضى جواز الكفالة ببدن امرأة يدعى رجل زوجيتها، وكذا الكفالة بها لمن ثبتت زوجيته [٢]، وكلام البندنيجى وغيره يقتضى عدم ذلك، وقد صرح به القاضى أبو الطيب، وابن الصباغ عند الكلام فى توجيه القولين فى صحة الكفالة، ويقرب منه قول المتولى: إن حكم الكفالة ببدنها حكم الكفالة ببدن من عليه قصاص؛ لأن المستحق عليها لا يقبل النيابة.

وما ذكرناه فى ضمان المرأة يجيء مثله فى ضمان العبد الآبق، وقد صرح ابن سريج بأنه يصح ضمانه.

ومقتضى كلام الماوردى: أنه تصح الكفالة ببدن الكفيل، كما صرح به المصنف بقوله: «وتصح الكفالة ببدن الكفيل، كما يصح ضمان الدين عن الضمين».

وعلى قول البندنيجى: يلزم منه الدور؛ لأنا لا نعلم أنه يصح ضمانه إلا إذا وجد الشرط، والشرط: أن يكون ما عليه يصح ضمانه.

ثم مقتضى الكلامين: جواز الكفالة ببدن من هو ببغداد لمن هو فى البصرة.

قال صاحب الكفاية: وقد صرح الإمام بعدم الجواز؛ لأن من بالبصرة لا يلزمه

---

(١) ينظر: فتح العزيز ١٠/ ٣٧٢، شرح المختصر للقاضى أبى الطيب ٥/ ١٢٩ .

(٢) ينظر: فتح العزيز ١٠/ ٣٧٤ .

الحضور ببغداد فى الخصومات، والكفيل فرع المكفول بدنه، فإذا لم يجب عليه الحضور لا يمكن إيجاب الإحضار على الكفيل.

قال الرافعي: وهذا منه بناء على ما لو كان المكفول فوق مسافة القصر، أو غاب إليها لا يلزمه إحضاره.

الثالث: هل يشترط أن يكون عارفا بقدر ما على المكفول بدنه من الدين إن كان الضمان لأجله؟ فيه وجهان، يبنيان على أنه إذا مات: هل يلزم الكفيل ما عليه أم لا؟[1].

فرع: وأما الكفالة ببدن من عليه حد: فإن كان لله - تعالى -: كحد الزنا، وحد شرب الخمر، وما أشبههما - لم تصح لمعنيين:

أحدهما: أنه لما لم تصح الكفالة بما عليه من الحق، لم تصح الكفالة ببدن من عليه.

والثانى: لا؛ لأن الكفالة وثيقة شرعت للاحتياط، وحدود الله لا يستوثق لها؛ لأنها تسقط بالشبهات؛ لقوله ﷺ «ادرءوا الحدود بالشبهات».

وحكى القاضى الحسين قولين فى كتاب اللعان فى جواز الكفالة ببدن من عليه حد لله تعالى، ذكره ابن الرفعة فى الكفاية.

وإن كان الحد للآدمى، كحد القذف، والقصاص، فهل تصح الكفالة ببدن من عليه؟ فيه وجهان:

أحدهما: لاتصح؛ لأنه لا تصح الكفالة بما عليه من الحق، فلم تصح الكفالة ببدنه، كمن عليه حد الزنى.

والثانى: تصح الكفالة ببدنه؛ لأن عليه حقا لآدمى، فصحت الكفالة ببدنه، كما لو كان له عليه دين.

وهذه طريقة ابن سريج ومتقدمى الأصحاب، وحكاها الماوردى عنهم فى حدود الله تعالى - أيضا - كحد الزنى والخمر.

والقاضى الحسين حكى الخلاف المذكور قولين فى كتاب اللعان.

وصرح الرافعى بنسبة ذلك إلى أبى الطيب بن سلمة، وابن خيران، وادعى

---

(١) ينظر: روضة الطالبين ١/ ٣٨٥، مغنى المحتاج ١/ ٢٦٦ .

القاضى أبو الطيب الإجماع على عدم صحة الكفالة فى حد الله تعالى.

وقد حكى الرافعى عن الشيخ أبى حامد: أنه بنى القولين فى صحة الكفالة ببدن من عليه قصاص أو حد قذف - على أنه إذا مات المكفول ببدنه، هل يغرم الكفيل ما عليه من الدين؟

إن قلنا: نعم لم تصح، وإلا صحت.

ومقتضى هذا البناء أن يكون الراجح قول التصحيح كما اختاره القفال، وصاحب المرشد، وجزم به بعضهم، وادعى الرويانى أن المذهب المنع(١) .

فائدة : إنما نشأ الاختلاف بين الأصحاب فى صحة الكفالة ببدن من عليه حد لآدمى؛ لأن الشافعى - رضى الله عنه - قال: فى اللعان: «ولا تجوز كفالة فى حد ولا لعان»، ونقل المزنى - رحمه الله - فى الجامع الكبير، قال: «وتجوز الكفالة بمن عليه حق أو حد».

فمن أصحابنا من قال بظاهر ما نقله المزنى - رحمه الله - وتأول قوله فى اللعان أن المراد به: الكفالة بنفس الحد.

ووجهه: أنه حق لآدمى فصحت الكفالة به؛ كسائر حقوق الآدميين(٢) .

فرع: وإن تكفل ببدن مكاتب لسيده لأجل مال الكتابة، لم تصح؛ لأن الحق الذى عليه غير لازم له، فلم تصح الكفالة ببدنه.

قال ابن الصباغ: وإن تكفل ببدن صبى أو مجنون، صحت الكفالة؛ لأن الحق يجب عليهما، وقد يحتاج إلى إحضارهما للشهادة عليهما للاتلاف.

وإن رهن رجل شيئا، ولم يسلمه، فتكفل رجل عليه بتسليمه، لم يصح؛ لأن تسليمه غير لازم له، فلم تصح الكفالة به.

وإن ادعى على رجل حقا، فأنكره، جازت الكفالة ببدنه؛ لأن عليه حق الحضور، والكفالة واقعة على إحضاره.

فرع : إذا رهن شيئا، ولم يسلمه، فتكفل عنه رجل بالتسليم - لم يصح؛ لأن التسليم غير لازم له، فلم تصح الكفالة به(٣) .

---

(١) ينظر: فتح القدير ١٠/ ٣٧٣، بحر المذهب ١٠/ ٤٠ .
(٢) ينظر: مختصر المزنى ٤/ ١٨٣، فتح العزيز ١٠/ ٣٧٣ .
(٣) ينظر: شرح المختصر للقاضى أبى الطيب خ .

فرع: إذا قال رجل لرجل تكفل بفلان لفلان، أو: فلان ملازم، فاذهب فتكفل به، ففعل - كانت الكفالة لازمة على الذى باشر الكفالة، دون الآمر؛ لأن المتكفل المباشر فعل ذلك باختياره، والآمر بذلك حث على المعروف، وهكذا فى الضمان مثله.

فصل: أشرنا فى ثنايا حديثنا السابق إلى صحة الكفالة ببدن الكفيل، كما يصح ضمان الدين عن الضمين.

وبيان ذلك: أنه إذا تكفل رجل ببدن من عليه الحق، ثم تكفل آخر ببدن الكفيل، وتكفل ثالث بدن الكفيل الثانى - جاز، كما يصح أن يضمن الحق، ويضمن عن الضامن ضامن، وعن ضامن الضامن ضامن.

فإذا أحضر الكفيل الأول من عليه الحق برئ وبرئ الكفيلان الآخران؛ لأنهما فرعاه.

وإن أحضر الكفيل الثانى الكفيل الأول، برئ وبرئ الثالث؛ لأنه فرعه، ولم يبرأ الأول، ولا من عليه الحق.

فإن مات من عليه الحق، فعلى مذهب الشافعى - رضى الله عنه -: يبرأ الكفلاء الثلاثة، ولا شىء عليهم.

وإن مات الثانى، برىء الثالث دون الأول، وإن مات الثالث، لم يبرأ الأولان.

هذا، وستزداد المسألة وضوحا عندما نتناول الأحكام المتعلقة بموت المكفول به فيما بعد، إن شاء الله تعالى[١].

فصل: أما الكفالة ببدن من عليه دين مجهول، فقد ذكرنا من قبل عند حديثنا عن شروط صحة الكفالة بالبدن: أن كونه عارفا بقدر ما على المكفول بدنه من الدين، إن كان الضمان لأجله - فيه وجهان مبنيان على أنه إذا مات المكفول به: هل يلزم الكفيل ما عليه أم لا؟

وسيأتى بيان ذلك.

قال المصنف - رحمه الله تعالى -:

(فصل) وتجوز الكفالة حالا ومؤجلًا؛ كما يجوز ضمان الدين حالا ومؤجلا،

---

(١) ينظر: السابق .

وهل يجوز إلى أجل مجهول؟ فيه وجهان:

أحدهما: يجوز؛ لأنه تبرع من غير عوض فجاز فى المجهول، كإباحة الطعام.

والثانى: لا يجوز؛ لأنه إثبات حق فى الذمة لآدمى، فلا يجوز إلى أجل مجهول؛ كالبيع.

ويخالف الإباحة، فإنه لو أباحه أحد الطعامين؛ جاز، ولو تكفل ببدن أحد الرجلين؛ لم يجز.

(فصل) وتجوز الكفالة به ليسلم فى مكان معين، وتجوز مطلقًا، فإن أطلق، وجب التسليم فى موضع العقد؛ كما تجوز حالًا ومؤجلًا، وإذا أطلق، وجب التسليم فى حال العقد.

(الشرح) الأحكام: كفالة البدن حالا ومؤجلا:

وإن تكفل ببدن رجل، نظرت:

فإن شرط إحضاره حالا، لزمه إحضاره فى الحال، كما لو تكفل بدين حال، وإن تكفل ببدنه، وأطلق، اقتضى ذلك إحضاره فى الحال؛ لأن كل عقد صح حالا ومؤجلا، إذا أطلق كان حالا، كما قلنا فيمن باع بثمن وأطلق، فإن ذلك يقتضى الحلول.

وإن تكفل ببدنه إلى أجل معلوم، صحت الكفالة، ولا يلزمه إحضاره قبل ذلك، كما إذا ضمن الدين إلى أجل معلوم، وإنما يطالب به عند المحل وفاء بالشرط.

وإن تكفل ببدنه إلى أجل مجهول، كأن أجّله إلى وقت الحصاد أو القطاف أو الصرام. فهل تصح؟فيه وجهان عن ابن شريح حكاهما البندنيجى وغيره، كما ذكره ابن الرفعة:

أحدهما: تصح، كما تصح العارية إلى أجل مجهول.

والثانى: لا تصح، وهو الصحيح؛ لأنه إثبات حق فى الذمة لآدمى، فلم تصح إلى أجل مجهول، كضمان المال، وتخالف العارية، فإنها لا تلزم، ولهذا لو أعاره إلى مدة، كان له الرجوع فيها قبل انقضائها، ولو تكفل له بدينه إلى أجل معلوم، لم يكن له المطالبة به قبل حلول الأجل، ولأن العارية تجوز من غير تعيين، ولهذا لو قال: أعرتك أحد هذين الثوبين، جاز، ولو قال: تكفلت لك ببدن أحد هذين الرجلين، لم يجز.

قال ابن الرفعة: وقد أجرى مثل هذا الخلاف فيما لو علق كفالة البدن بمجيء الشهر، وكذا فيما لو علقها بحصاد الزرع، أو بقدوم زيد، لكنه فى التعليق بالحصاد مرتب على الخلاف بمجيء الشهر وأولى بالبطلان، وفى التعليق بقدوم زيد مرتب على التعليق بالحصاد، وأولى بالبطلان أيضا(١) .

فرع: لو شرط أن يكفله شهرا، فإذا انقضى برئ من كفالته، لم يصح على الأصح وفيه وجه محكى فى التتمة، وقول فى التهذيب: إنه يصح(٢) .

فصل : تجوز الكفالة ببدن رجل ليسلمه فى موضع معين، كما يصح السلم بشرط أن يسلم المسلم فيه فى موضع معين، وتجوز الكفالة ببدن رجل وإن لم يذكر موضع التسليم.

فعلى هذا: يسلمه فى موضع العقد، كما تصح الكفالة بالبدن حالا ومؤجلا، وإذا أطلق، اقتضى الحلول.

فإذا تكفل له ببدن رجل ليسلمه إليه فى بلد معين، فسلمه إليه فى غير ذلك البدن. فسيأتى بيان ذلك مفصلا إن شاء الله تعالى.

قال المصنف - رحمه الله تعالى -:

(فصل) ولا تصح الكفالة بالبدن من غير إذن المكفول به؛ لأنه إذا تكفل به من غير إذنه، لم يقدر على تسليمه.

ومن أصحابنا من قال: تصح، كما تصح الكفالة بالدين من غير إذن من عليه الدين.

(فصل) وإن تكفل بعضو منه، ففيه ثلاثة أوجه:

أحدها: أنه يصح؛ لأن فى تسليمه تسليم جميعه.

والثانى: لا تجوز؛ لأن إفراد العضو بالعقد لا يصح، وتسريته إلى الباقى لا تمكن؛ لأنه لا سراية له، فبطلت.

والثالث: إن كان العضو لا يبقى البدن دونه: كالرأس، والقلب، جاز؛ لأنه لا يمكن تسليمه إلا بتسليم البدن، وإن كان عضوًا يبقى البدن دونه: كاليد، والرجل؛

---

(١) ينظر: فتح العزيز ١٠/ ٣٨١، روضة الطالبين ٤/ ٢٦١ .
(٢) ينظر: فتح العزيز ١٠/ ٣٨١، الابتهاج خ، نهاية المحتاج ٣/ ٤٥٦ .

لم يصح؛ لأنه قد يقطع فيبرأ مع بقائه.

(الشرح) الأحكام: إذا تكفل رجل ببدن رجل بإذن المكفول به، صحت الكفالة، فإذا سأل المكفول له الكفيل إحضار المكفول به، وجب على الكفيل أن يحضره، ووجب على المكفول به أن يحضر؛ لأنه تكفل به بإذنه، وإن لم يطالبه المكفول له، فقال الكفيل للمكفول به: احضر معى لأردك إلى المكفول له لتبرئ ذمتى من الكفالة، كان عليه أن يحضر معه؛ لأنه قد تعلق عليه إحضاره بأمره، فلزمه تخليصه منه؛ كما لو أعاره عبده ليرهنه، فرهنه، فلصاحبه أن يطالبه بفكه.

وإن تكفل رجل لرجل ببدن رجل بغير إذن المكفول به، فهل تصح؟ فيه وجهان:

أحدهما: قال عامة أصحابنا: لا تصح؛ لأن المقصود بالكفالة بالبدن إحضار المكفول به عند المطالبة، فإذا كان ذلك بغير إذنه، لم يلزمه الحضور معه، فلا تفيد الكفالة شيئا، ويخالف الضمان؛ لأنه يمكنه دفع المال، ولا يمكنه أن ينوب عنه فى الحضور.

والثانى: قال أبو العباس: تصح الكفالة بالبدن من غير إذن المكفول به، كما يصح الضمان عليه بالدين من غير إذنه.

قال أبو العباس: فعلى هذا: إذا قال المكفول له للكفيل: أحضر المكفول به، وجب على الكفيل أن يطالب المكفول به بالحضور، فإذا طالبه، وجب على المكفول به الحضور من غير جهة الكفالة، ولكن لأن صاحب الحق قد وكل الكفيل بإحضاره.

وإن لم يقل المكفول له للكفيل: أحضر المكفول به، ولكن قال: اخرج إلى من كفالتك، أو: رد على كفالتى، فهل يستلزم ذلك التوكيل فى إحضاره حتى يلزم المكفول به الحضور مع الكفيل؟ فيه وجهان:

أحدهما: يلزمه؛ لأن ذلك يتضمن الإذن فى إحضاره، فهو كما لو وكله بإحضاره.

والثانى: لا يلزمه الحضور؛ لأنه إنما طالبه بما عليه من الإحضار.

قال أبو العباس: فعلى هذا: للمكفول له حبس الكفيل.

قال ابن الصباغ: وهذا يدل عندى على فساد ما قاله؛ لأنه يحبس على ما لا يقدر عليه.

قال ابن الرفعة: وفى وجوب الحضور معه مع التصريح بطلبه من المكفول له،

نظر، من حيث أن من عليه الحق لا يجب عليه الحضور إذا طلبه صاحب الحق بنفسه، بل الواجب وفاء الحق.

نعم: إذا استدعى القاضى الخصم وجب عليه الحضور؛ إجابة له.

وإذا كان صاحب الحق غير قادر على إحضاره، فوكيله أولى، ولهذا المعنى خطأ الماوردى ابن سريج فى قوله.

وقال القاضى الحسين: إن المذهب: عدم صحة الكفالة؛ لأنه ليس له أن يكفله الحضور، إلا بإذن الحاكم حتى لو وكله الخصم فى إحضاره، لم يكن له ذلك[(١)] .

ومؤنة إحضار المكفول بدنه واجبة على الكفيل، صرح بذلك القاضى الحسين.

واعلم: أن محل خلاف ابن سريج فى صحة الكفالة بغير الإذن - كما حكاه القاضى الحسين - ما إذا تكفل به بعد ثبوت المال.

فرع: إذا تكفل ببدن صبى أو مجنون، صحت الكفالة؛ لأن الحق يجب عليهما فى ذمتهما، وقد يحتاج إلى إحضارهما، للشهادة عليهما بالإتلاف[(٢)] .

إذا ثبت هذا : فقد بنى الماوردى صحة الكفالة ببدن الصبى والمجنون على الخلاف فى اعتبار إذن المكفول ببدنه، وقال: إنها على المذهب لا تصح.

وذلك منه محمول على ما إذا لم يأذن الولى فيها، أما إذا أذن، صحت وجها واحدا، كما فى البالغ العاقل، ويكون الولى هو المخاطب من جهة الكفيل بالإحضار إذا طولب الكفيل به؛ للحاجة إلى إقامة البينة على عينهما بإتلافهما مال الغير، وغير ذلك؛ وهذا ما لم يزل الحجر عنهما.

أما إذا زال: فلا طلبة على الولى: والمطالب بالحضور من زال عنه الحجر؛ كما صرح به غير الماوردى[(٣)] .

فصل: كفالة بعض البدن ككله:

إذا تكفل بعضو رجل؛ كيده، أو رجله، أو رأسه، أو بجزء مشاع منه، كنصفه،

---

(١) ينظر: الابتهاج خ .

(٢) ينظر: فتح العزيز ١٠/ ٣٧٤، روضة الطالبين ٤/ ٢٥٣، مغنى المحتاج ٢/ ٢٠٤، شرح المختصر للقاضى أبى الطيب خ .

(٣) روضة الطالبين ٤/ ٢٥٣، أسنى المطالب ٢/ ٢٤١، مغنى المحتاج ٢/ ٢٠٤، نهاية المحتاج ٣/ ٤٤٧، فتح العزيز ١٠/ ٣٧٤، شرح المختصر للقاضى أبى الطيب خ .

أو ثلثه، أو أربعه - ففيه ثلاثة أوجه:

أحدها: تصح؛ لأنه لا يمكن تسليم نصفه، أو ثلثه إلا بتسليم جميع البدن، ولا تسلم إليه اليد والرجل، إلا على هيئتهما عند الكفالة، وذلك لا يمكن إلا بتسليم جميعه.

والثاني - وهو قول القاضي أبي الطيب، وحكاه ابن الصباغ عن الشيخ أبي حامد -: أنه لا تصح؛ لأن ما لا يسرى إذا خص به عضو، أو جزء مشاع - لم يصح، كالبيع منه، والإجارة، والوصية، وفيه احتراز من العتق، والطلاق.

والثالث: إن تكفل بما لا يبقى البدن إلا به، كالرأس، والقلب، والكبد، والنصف، والثلث، صح؛ لأنه لا يمكن تسليم ذلك إلا بتسليم جميع البدن، وإن تكفل بما يبقى البدن دونه، كاليد، والرجل، لم يصح؛ لأنه قد تقطع منه، ويبقى البدن، ولا فائدة فى تسليمه وحده.

وقد جزم الماوردى - كما حكى ذلك عنه صاحب الكفاية - بصحة الكفالة؛ إذا تكفل بجزء شائع من الرجل، أو بما لا يمكن فصله عنه، مع بقاء الحياة: كالكبد والقلب.

وألحق به ما إذا قال: كفلت لك نفسه، أو روحه، أو وجهه، أو عينه، وحكى الخلاف عن ابن سريج فيما لو قال: تكفلت لك بيده أو رجله وما فى معناهما.

وأجرى البندنيجى الخلاف فيما لو قال: كفلت لك عينه، والقاضى الحسين أجراه فيما لو قال: كفلت لك شعره[1].

إذا ثبت هذا، فقد روى الرافعى وجها رابعا عن القفال فى شرح التلخيص: أنه إن تكفل بما يعبر به عن جميع البدن؛ كالرأس، والرقبة - صح، وإلا فلا، وقال عنه: إنه صححه[2].

قال المصنف - رحمه الله تعالى -:

(فصل) وإن أحضر المكفول به قبل المحل، أو فى غير الموضع الذى شرط فيه التسليم، فإن كان عليه فى قبوله ضرر، أو له فى رده غرض؛ لم يلزمه قبوله، وإن لم

---

(١) ينظر: تتمة الإبانة ٥/ ١٠٧.
(٢) ينظر: فتح العزيز ١٠/ ٣٨٣، روضة الطالبين ٤/ ٢٦٢.

يكن عليه ضرر، ولا له فى رده غرض، وجب قبوله.

فإن لم يتسلمه، أحضره عند الحاكم، ليتسلم عنه، ويبرأ كما قلنا (فى دين السلم).

وإن أحضره، وهناك يد حائلة، لم يبرأ؛ لأن التسليم المستحق هو التسليم من غير حائل، ولهذا لو سلم المبيع مع الحائل، لم يصح تسليمه، وإن سلمه وهو فى حبس الحاكم، صح التسليم؛ لأن حبس الحاكم ليس بحائل، ويمكن إحضاره ومطالبته بما عليه من الحق.

وإن حضر المكفول به بنفسه، وسلم نفسه؛ برئ الكفيل، كما يبرأ الضامن إذا أدى المضمون عنه الدين.

وإن غاب المكفول به إلى موضع لا يعرف خبره، لم يطالب به.

وإن غاب إلى موضع يعلم خبره، لم يطالب به حتى يمضى زمان يمكن فيه الذهاب والمجيء؛ لأن ما لزم تسليمه، لم يلزم إلا بإمكان التسليم.

فإن مضى زمان الإمكان، ولم يفعل، حبس الكفيل إلى أن يحضره، فإن أبرأه المكفول له من الكفالة، برئ؛ كما يبرأ الضامن إذا أبرأه المضمون له.

فإن جاء رجل وقال أبرئ الكفيل، وأنا كفيل بمن تكفل به، ففيه وجهان:

قال أبو العباس: يصح؛ لأنه نقل الضمان إلى نفسه، فصار كما لو ضمن رجل مالًا، فأحال الضامن المضمون له على آخر.

وقال الشيخ أبو حامد، والقاضى أبو الطيب الطبرى - رحمهما الله -: لا يصح؛ لأنه تكفل بشرط أن يبرأ الكفيل، وذلك شرط فاسد، فمنع صحة العقد.

وإن تكفل ببدن رجل لنفسين فسلمه إلى أحدهما، لم يبرأ من حق الآخر؛ لأنه ضمن تسليمين، فلم يبرأ بأحدهما؛ كما لو ضمن لهما دينين، فأدى دين أحدهما.

وإن تكفل اثنان لرجل ببدن رجل، فأحضره أحدهما، فقد قال شيخنا القاضى أبو الطيب - رحمه الله -: أنه لا يبرأ الآخر؛ لأنه لو أبرئ أحدهما لم يبرأ الآخر، فإذا سلمه أحدهما، لم يبرأ الآخر، وعندى أنه يبرأ؛ لأن المستحق إحضاره، وقد حصل فبرئا، كما لو ضمن رجلان دينًا فأداه أحدهما.

ويخالف الإبراء، فإن الإبراء مخالف للأداء، والدليل عليه: أن فى ضمان المال لو أبرئ أحد الضامنين، لم يبرأ الآخر، ولو أدى أحد الضامنين برئ.

(الشرح) الأحكام: سبق أن ذكرنا: أنه على القول بصحة الكفالة بالبدن، فإنها تصح حالة ومؤجلة، كما تصح الكفالة بالمال حالة ومؤجلة، وإذا أطلق كانت حالة؛ لأن كل عقد دخله الحلول، اقتضى إطلاقه الحلول؛ كالثمن.

إذا ثبت هذا: فإذا تكفل به حالا، كان له مطالبته بإحضاره، فإن أحضره وإلا حبس،[1] فإن أحضره نظرت: -

فإن لم يكن يد حائلة ظالمة، لزمه تسلمه، وإن كانت ثم يد حائله ظالمة لم يلزمه تسلمه، وإن امتنع من تسلمه مع إمكانه ذكر الشيخ أبو حامد فى التعليق: أنه يرفعه إلى الحاكم، ويسلمه إليه؛ ليبرأ.

وإن لم يجد حاكما، أحضر رجلين يشهدان تسليمه وامتناع المكفول له.

وذكر القاضى أبوالطيب: أنه يشهد على امتناعه رجلين؛ فهذا أقيس؛ لأنه مع وجود صاحب الحق لا يلزمه دفعه إلى من ينوب عنه من حاكم أو غيره.

فأما إن كانت الكفالة مؤجلة، لم يكن له مطالبته قبل حلول الأجل، فإذا حل الأجل نظرت:

فإن كان المكفول به حاضرا، وجب على الكفيل إحضاره، فإن أحضره وإلا حبس.

وإن كان غائبا، نظرت:

فإن كان موضعه معلوما يمكنه رده منه، أمهل الكفيل بقدر ذهابه ومجيئه، فإذا مضى قدر ذلك ولم يأت به، حبس.

وقال ابن شبرمة: يحبس فى الحال؛ لأن الحق قد توجه عليه، وهذا ليس بصحيح؛ لأن الحق وإن كان قد حل، فإنه يعتبر فيه إمكان التسليم، وإنما يجب عليه إحضار الغائب عند إمكان ذلك.

وإن كان غائبا غيبة منقطعة لا يعلم مكانه، لم يطالب الكفيل بإحضاره.

فأما إذا أحضره الكفيل قبل حلول الأجل، نظرت[2] :

فإن قبل المكفول له، برئ الكفيل، وإن امتنع المكفول له من القبول نظرت:

---

(١) ينظر: فتح القدير ٧/ ١٦٧، حاشية ابن عابدين ٤/ ٢٦٧، مواهب الجليل ٥/ ١١٥، التاج والإكليل ٥/ ١١٦، شرح المختصر للقاضى أبى الطيب خ .

(٢) ينظر: فتح العزيز ١٠/ ٣٧٧، روضة الطالبين ٤/ ٢٥٨، مغنى المحتاج ٢/ ٢٠٥ .

فإن كان عليه فى قبوله ضرر بأن يكون حقه مؤجلا، أو كان حقه حالا، إلا أن له به بينة غائبة، أو لم يكن يوم مجلس الحكم، فإنه لا يلزمه قبوله؛ لأن عليه ضررا فى قبوله.

وإن لم يكن عليه فى قبوله ضرر، مثل: أن يكون حقه حالا، وبينته حاضرة، والقاضى يتيسر الاجتماع به فى ذلك الوقت، ولا ظالم يمنعه من تسلمه - لزمه قبوله؛ لأنه لا ضرر عليه فى قبوله، وقد حكى القاضى الحسين وجها: أنه لا يجب قبوله.

والأول هو الأصح.

وعليه فإن امتنع من تسلمه - فهو أيضا على ما ذكرناه آنفا: قال الشيخ أبو حامد: رفعه الكفيل إلى الحاكم، وسلمه إليه، ليبرأ، وإن لم يجد حاكما أحضر شاهدين يشهدان بتسليمه، أو امتناع المكفول له.

وذكر القاضى أبو الطيب: أنه يشهد على امتناعه رجلين.

وقد ذكرنا أن ما ذكره القاضى أبو الطيب أقيس؛ لأن مع وجود صاحب الحق لا يلزمه دفعه إلى من ينوب عنه، من حاكم، أو غيره.

فرع : إذا تكفله على أن يسلمه إليه فى موضع، فسلمه إليه فى موضع آخر: فإن كان عليه مؤنة فى حمله إلى الموضع الذى عينه، لم يلزمه تسلمه.

وإن لم يكن عليه ضرر ولا مؤنة فى ذلك، لزمه تسلمه، كما قلنا فى إحضاره قبل الأجل، ولا فرق فى ذلك بين المكان والزمان، وهكذا الحكم فيما لو أطلق العقد، وأحضره فى غير موضع العقد، فإنه يستحق تسليمه فى موضع العقد.

وذكر صاحب البيان: أنه إذا تكفل ببدن رجل ليسلمه إليه فى بلد معين، فسلمه إليه فى غير ذلك البلد - لم يلزم المكفول له قبوله؛ لأن عليه مشقة فى تسلمه فى غير ذلك البلد، وقد يكون له غرض فى تسلمه فى عين ذلك البلد.

وإن تكفل له ببدنه ليسلمه فى موضع معين من البلد، بأن يقول: فى مجلس القاضى أو فى مسجده، فسلمه إليه فى ذلك البلد، فى غير ذلك الموضع المعين - فهل يلزمه قبوله؟ فيه وجهان لأبى العباس:

أحدهما: لا يلزمه قبوله؛ كما لو تسلمه فى غير ذلك البلد.

والثانى: يلزمه قبوله؛ لأن العادة أنه لا مؤنة عليه فى نقله من موضع فى البلد إلى

موضع فيه.

وقد ذكر ابن الصباغ: أن الشيخ أبا حامد قد ذكر - أيضا - هذين الوجهين عن أبى العباس، إلا أنهما خلاف الأولى، فالأولى عنده - أى: ابن الصباغ - ما ذكرناه أولا من اعتبار المؤنة وعدمها.

وهذا الذى ذهب إليه أبو العباس إنما هو قياس على ما لو أحضره فى غير البلد، تفريقا منه بين البلد والمحلة، كما هو الأمر عند العمرانى فى البيان - فى حين أن ظاهر كلام ابن الصباغ فى الشامل، وابن الرفعة فى الكفاية - التسوية بينهما.

وقد سوى بينهما - أيضا - الماوردى، كما نقله عنه ابن الرفعة بقوله: وحكى البندنيجى عن ابن سريج وجها فيما إذا أحضره إليه فى غير الموضع المشروط أو فى غير الموضع الذى أطلق فيه العقد: أنه لا يلزمه قبوله، وأن لم يكن عليه ضرر، كما لو أحضره له فى غير البلد، وسوى الماوردى بين البلد والمحلة[1].

فرع: وإن أحضره الكفيل، وهناك يد سلطان لا يقدر عليه، يمنع منه، لم يبرأ الكفيل بذلك؛ لأن المستحق تسليمه من غير حائل، وإن سلمه، وهو فى حبس الحاكم، لزمه أن يتسلمه؛ لأن حبس الحاكم لا يمنعه من استيفاء حقه، فإن كان حقه قد ثبت عليه بالبينة، أو بالإقرار، حبسه الحاكم به، وبالحق الذى كان محبوسا به، وإن لم يكن حقه قد ثبت عليه، فطلب إحضاره، فإن الحاكم يحضره ليحكم بينهما، فإن ثبت له عليه حق، وطلب حبسه، فإن الحاكم يحبسه به وبالحق الأول، فإذا سقط حق أحدهم، لم يجز تخليته إلا بعد سقوط حق الآخر.

وإن جاء المكفول به إلى المكفول له، وسلم نفسه إليه، برئ الكفيل، كما يبرأ الضامن إذا دفع المضمون عنه مال الضمانة.

وقال ابن الرفعة فى شرح التنبيه: قال: وإن أسلم المكفول به نفسه - أى عن الكفيل، كما قيده القاضى أبو الطيب وغيره - برئ الكفيل؛ كما لو قضى المضمون عنه الدين، فإن ضامنه يبرأ من ضمانه، أما إذا أطلق فلا يبرأ، صرح به الرافعى وغيره.

وهكذا لو لم يسلم نفسه لكن ظفر به المضمون له فى مجلس الحكم، فادعى

---

(١) ينظر: العناية ٧/ ١٦٩ .

عليه بالحق، وكذا لو سلمه أجنبى لا عن جهة الكفالة، ولو سلمه عن جهة الكفالة برئ، لكن للمكفول له الامتناع من قبوله إذا كان ذلك بغير إذن الكفيل، ولو كان بإذنه، وجب تسليمه[١] .

فرع: إذا تكفل ببدن رجل، ثم ارتد المكفول به، ولحق بدار الحرب، أو حبس بحق، لزم الكفيل إحضاره، فيخرج إلى دار الحرب لإحضاره، والمحبوس يمكنه أن يقضى عنه الحق، ويطلق من الحبس.

فرع: إذا تكفل ببدن رجل، ثم جاء رجل إلى المكفول له، وقال: تكفلت لك ببدن فلان المكفول به على أن تبرئ، فلانا الكفيل - ففيه وجهان:

أحدهما: قال أبو العباس: تصح كفالة الثانى، ويبرأ الأول؛ لأن الثانى قد حول الكفالة إلى نفسه، فبرئ الأول، كما لو كان له حق فاحتال به على آخر.

والثانى: قال الشيخ أبو حامد، والقاضى أبو الطيب: لا تصح الكفالة الثانية، ولا يبرأ الأول؛ لأن الكفالة والضمان لا تحول الحق، فكفالة الثانى لا تبرئ الأول من كفالته، وإذا لم يبرأ الأول، فلم يتكفل له الثانى إلا بهذا الشرط، وإذا لم يصح الشرط، لم تصح الكفالة.

وقال ابن الصباغ: إذا قال: تكفلت ببدن فلان على أن يبرأ فلان الكفيل، أو على أن يبرئه من الكفالة، لم تصح الكفالة؛ لأنه شرط فيها شرطًا لا يلزم الوفاء به، فيكون فاسدًا وتفسد به الكفالة[٢] .

وقال - أيضا -: إذا تكفل ببدن رجل، وشرط أنه متى لم يحضر، فعليه الحق الذى عليه، أو قال: على كذا وكذا - لم تصح الكفالة، ولم يجب عليه المال المضمون، وبه قال محمد.

وقال أبو حنيفة، وأبو يوسف: إن لم يواف به، وجب عليه المال؛ لأن ذلك تعليق الضمان بصفة، ويجوز عندهما تعليق الضمان بصفة.

ودليلنا: أن هذا خطر، ولا يجوز تعليق الضمان به، كما لو قال: إن جاء المطر

---

(١) ينظر: فتح العزيز ١٠/ ٣٣٧، روضة الطالبين ٤/ ٢٥٧، نهاية المحتاج ٣/ ٤٤٩، قليوبى على المنهاج ٢/ ٣٢٨ .

(٢) ينظر: فتح العزيز ١٠/ ٣٨٤، المهذب ١/ ٣٤٤، شرح المختصر للقاضى أبى الطيب خ .

فأنا ضامن، لم يصح[1] .

وإن قال: تكفلت لك ببدن زيد، على أنى إن جئت به، وإلا فأنا كفيل لك ببدن عمرو - لم يصح؛ لأنه لم يلتزم إحضار أحدهما بعينه، فصار كما لو تكفل بأحدهما لا بعينه.

ولأنه علق الكفالة فى عمرو بشرط، والكفالة لا تتعلق بشرط.

وإن تكفل ببدن رجل بشرط الخيار، لم تصح الكفالة.

وقال أبو حنيفة: يفسد الشرط، وتصح الكفالة.

واحتج بأن الضمان يتعلق بغرر وخطر، فلم يفسد بالشرط الفاسد، كالنكاح.

دليلنا: أنه عقد لا يجوز فيه شرط الخيار، فإذا شرط فيه الخيار، أبطله، كالصرف والسلم، وأما النكاح، فلا نسلمه، فإن من الشروط ما يفسده.

ولو أقر رجل، فقال: إنما تكفلت لك ببدن فلان على أن لى الخيار، ففيه قولان:

أحدهما: يقبل إقراره فى الجميع، فيحكم ببطلان الكفالة، كما لو قال: له على ألف درهم إلا خمسمائة.

والثانى: يقبل إقراره فى الكفالة، ولا يقبل فى أنه كان بشرط الخيار؛ لأنه وصل إقراره بما يسقطه، فلم يصح. كما لو قال: له على ألف درهم إلا ألف درهم.

فرع: وإن تكفل رجل ببدن رجل لرجلين بعقد، فرده على أحدهما، برئ من حقه، ولم يبرأ من حق الآخر حتى يرده عليه؛ لأن العقد مع اثنين بمنزلة العقدين، فهو كما لو تكفل لكل واحد منهما بعقد منفرد.

وإن تكفل رجلان أو ثلاثة لرجل ببدن رجل، صحت الكفالة، كما يصح أن يضمن اثنان أو ثلاثة الدين الذى على واحد، فإن أحضره أحدهما إلى المكفول له، برئ الذى أحضره، وهل يبرأ الآخران؟ فيه وجهان:

أحدهما وهو قول المزنى -: أنهما يبرأن كما لو ضمن رجلان أو ثلاثة لرجل دينا على رجل، فأداه أحدهم فإن الآخرون يبرءون.

والثانى - وهو قول أبى العباس، والشيخ أبى حامد، والقاضى أبى الطيب، وابن

---

(١) ينظر: مغنى المحتاج ٢/ ٢٠٥ - ٢٠٧ .

الصباغ -: أنهما لا يبرآن؛ لأن الحق باق على المكفول به لم يسقط، والكفلاء وثائق، فلا تنفك الوثائق بانفكاك إحداهن، كما لو كان بالحق رهون، فانفك أحدها مع بقاء الحق، فإنه لا ينفك الباقى منها.

ويفارق إذا قضى أحد الضامنين المال المضمون به، فإن الحق هناك قد سقط، فانفكت الوثيقة، وهاهنا الحق لم يسقط.

فإن تكفل كل واحد منهم بالمكفول به وببدن الآخرين، جاز؛ لأن عليهما حقا، وهو وجوب الإحضار، فصحت الكفالة بهم، فإذا أحضره أحدهم سقطت كفالته، وسقط عن الآخرين كفالتهما بالكفيل الذى أحضره، وبقى عليهما وجوب إحضار المكفول به[1] .

فرع: إذا تكفل رجل لرجل ببدن رجل، فقال المكفول له: مالى قبل المكفول به حق، قال أبو العباس: ففيه وجهان:

أحدهما: يبرأ المكفول به مما عليه، وتبطل الكفالة؛ لأن قوله: «لا حق لى قبله»، نفى فى نكرة؛ فاقتضى العموم.

والثانى: يرجع إليه، فإن قال: أردت به: لا شىء لى عليه، بطلت الكفالة، وبرئ المكفول به.

وإن قال: أردت به: لاحق لى عليه من عارية أو وديعة، وصدقه الكفيل والمكفول به، قبل قوله، وإن كذباه أو أحدهما، فالقول قوله مع يمينه؛ لأنه أعلم بنيته.

وإن قال: لا حق لى فى ذمته، ولا فى يده، برئا جميعا.

قيل للشيخ أبى حامد: فإذا كان لرجل على رجل دين، فقال: لاحق لى قبله، فقال: هو على هذين الوجهين.

فرع: وإن تكفل رجل ببدن رجل لرجل، فأبرأ المكفول له الكفيل، ثم رآه ملازما له، فقال له: خل عنه وأنا على ما كنت عليه من الكفالة، أو: على مثل ما كنت عليه - قال أبو العباس: صحت كفالته؛ لأنه إما أن يكون هذا إخبارا عن كفالته، أو إقرارا به، أو ابتداء كفالة فى الحال، وأيها كانت، وجب أن تصح.

---

(١) ينظر: شرح المختصر للقاضى أبى الطيب خ .

قال المصنف - رحمه الله تعالى -:

(فصل) وإن تكفل ببدن رجل، فمات المكفول به؛ برئ الكفيل، وقال أبو العباس: يلزمه ما على المكفول به من الدين؛ لأنه وثيقة، فإذا مات من عليه الدين، وجب أن يستوفى الدين منها، كالرهن، والمذهب الأول؛ لأنه لم يضمن الدين، فلا يلزمه.

(فصل) وإن تكفل بعين، نظرت: فإن كان أمانةً؛ كالوديعة لم يصح؛ لأنه إذا لم يجب ضمانها على من هى عنده، فلئلا يجب على من يضمن عنه، أولى.

وإن كان عينًا مضمونةً: كالمغصوب، والعارية، والمبيع قبل القبض؛ ففيه وجهان؛ بناءً على القولين فى كفالة البدن.

فإن قلنا: إنها تصح، فهلكت العين، فقد قال أبو العباس: فيه وجهان:

أحدهما: يجب عليه ضمانها.

والثانى: لا يجب، وقال الشيخ أبو حامد: لا يجوز؛ بناء ذلك على كفالة البدن، فإن البدن لو تلف، لم يضمن بدله، ولو هلكت العين، ضمنها.

(الشرح) الأحكام: إذا تكفل ببدن رجل لرجل له عليه دين، فمات المكفول به، بطلت الكفالة؛ لأن الإحضار منوط بالحياة؛ فإنه الذى يخطر بالبال غالبا، وقد انتهت بالموت.

ولا فرق فى ذلك بين أن يكون المكفول مشهور النسب، بحيث لا يحتاج فى الشهادة عليه إلى إحضاره، أو لا.

وفيه وجه صححه الرافعى وغيره: أنه إذا لم يكن مشهور النسب، واحتيج إلى إقامة الشهادة على عينه: أنها لا تسقط بالموت، بل يطالب بإحضاره ما لم يدفن؛ كما تصح الكفالة ببدن الميت لهذا الغرض[(١)] .

ولم يلزم الكفيل ما كان على المكفول به من الدين.

وبه قال أبو حنيفة.

وقال مالك، وأبو العباس بن سريج: يلزم الكفيل ما كان على المكفول به من

---

(١) ينظر: فتح العزيز ١٠/٣٧٨، البحر الرائق ٦/ ٢٣٥، حاشية ابن عابدين ٥/ ٢٨٣، التاج والإكليل ٥/ ١١٥، المغنى ٥/ ١٠٥ .

الدين للمكفول له؛ لأن الكفالة وثيقة بالحق، فإذا تعذر استيفاء الحق من جهة من عليه الدين، استوفى من الوثيقة؛ كالرهن.

دليلنا: أنه تكفل ببدنه لا بدينه، فلم يلزمه ما فى ذمته من الدين، كما لو غاب.

ويفارق الرهن؛ لأنه علق به الدين، فاستوفى منه، وههنا لم يتكفل إلا بإحضاره، وقد تعذر إحضاره بموته.

فإذا قلنا بالمذهب: صحت الكفالة ببدن من عليه دين مجهول عند الكفيل، ولا يحتاج إلى معرفة ما عليه من الحق.

وإذا قلنا بقول أبى العباس، وجب أن يكون الحق الذى على المكفول به معلوما للكفيل؛ لأنه يجب عليه بموته، فلم تصح الكفالة ببدن من عليه دين مجهول عند الكفيل، وقد تقدم طرف من ذلك عند حديثنا عن ضمان المجهول.

إذا ثبت هذا: فقد حكى ابن الرفعة قولا ثالثا: أنه يلزمه أقل الأمرين من قدر الدين، أو دية المكفول.

وقد حكى الرافعى وغيره: أن هذا الخلاف مبنى على القولين فى أن السيد يفدى العبد الجانى بماذا؟

قال ابن الرفعة: وفى ذلك نظر؛ لأن وجه من قال: إن السيد يفدى العبد بالأرش؛ لاحتمال وجود زبون يشتريه به، وهذا الاحتمال مفقود ههنا، بل هذا شبيه بأم الولد إذا جنت.

وقد حكى الماوردى: أن ابن سريج طرد قوله فيما إذا هرب المكفول به إلى حيث لا يعلم أو توارى.

وقال الرافعى: إن الخلاف فى هذا مرتب على الموت، وأولى بألا يطالب إذا لم يحصل اليأس عن إحضاره، وهو الذى جعله القاضى الحسين المذهب[1] .

فرع: لو مات المكفول له، هل تبطل الكفالة؟ فيه ثلاثة أوجه عن ابن سريج:

أظهرها - وهو ما حكاه الماوردى - بقاء الكفالة؛ كما لو ضمن له المال.

فعلى هذا، لو كان للميت ورثة، وموصى لهم، وغرماء، فسلمه إلى الورثة والغرماء والموصى لهم دون الوصى - ففى براءته وجهان:

---

(١) ينظر: فتح العزيز ١٠/٣٧٨، روضة الطالبين ٤/٢٥٨ .

أحدهما: لا؛ كما لو سلمه إلى واحد من الثلاثة دون الباقين، أو إلى اثنين منهم، حكاه الماوردى.

والثانى: أنها تنقطع؛ لأنها ضعيفة.

والثالث: إن كان له وصى أو عليه دين، بقيت؛ لأن الوصى نائبه، وتمس حاجته إلى قضاء الدين، فإن لم يكن وصى ولا عليه دين، انقطعت.

وأبدل فى الوسيط لفظ «الوصى» بـ «الوصية» والمذكور فى النهاية ما ذكرناه.

فرع: ولو مات الكفيل:

قال الماوردى: فعلى مذهب الشافعى: سقطت الكفالة.

ويجيء على مذهب ابن سريج: أنها لا تبطل؛ لأنها قد تفضى إلى مال؛ فيتعلق بالتركة، ثم قال: لكن لم أجد له نصا فيه[١].

فصل: ولا تصح الكفالة بالأعيان؛ كالغصوب، والعوارى.

وكذا العين المبيعة قبل القبض، والعين فى يد المستام؛ لأن حقيقة الضمان: ضم ذمة إلى ذمة، والذى تكون العين مضمونة عليه لا شيء فى ذمته بعد، وهذا هو المذهب فى بحر المذهب.

وقيل: تصح؛ لأن الأعيان يستحق تسليمها بعقد البيع وغيره، فاستحق تسليمها بعقد الضمان؛ كالديون.

و بنى ابن سريج الخلاف - كما حكاه البندنيجى - على الخلاف فى كفالة البدن، فقال: إن قلنا بأنها لا تصح، لم تصح هذه، وإلا صحت.

ومقتضى هذا البناء: أن يكون الصحيح الصحة، وهو الذى اختاره فى المرشد.

وحكى الرافعى: أن بعضهم جزم به، وإن أجرى الخلاف فى كفالة البدن، وأنه فرق بأن حضور الخصم ليس مقصودا فى نفسه، وإنما هو ذريعه إلى تحصيل المال، وهاهنا المضمون رد العين، وهى المقصودة بالرد.

فعلى هذا، لو تلفت العين قبل الرد، فهل عليه قيمتها؟

حكى البندنيجى عن ابن سريج أنه خرجه على الوجهين المذكورين فيما لو مات المكفول ببدنه.

---

(١) ينظر: فتح العزيز ١٠/ ٣٧٩، روضة الطالبين ٤/ ٢٥٩، ٢٦٠ .

ومقتضى هذا: أن يكون الصحيح عدم اللزوم، ولكن الذى اختاره فى المرشد اللزوم.

فعلى هذا، هل يجب فى المغصوب أقصى القيم أم قيمته يوم التلف؛ لأن الكفيل لم يكن متعديا؟ فيه وجهان[١].

فرع: وأما لو تكفل بعين، هى على سبيل الأمانة؛ كالوديعة -لم تصح كفالته؛ لأن إذا كانت الأمانة لا يجب ضمانها على من هى عنده، فلئلا لا يجب ضمانها على الضامن أولى.

قال المصنف - رحمه الله تعالى -:

(فصل) وإن ضمن عنه دينًا، ثم اختلفا؛ فقال الضامن: ضمنت وأنا صبى، وقال المضمون له: ضمنت وأنت بالغ، فالقول قول الضامن؛ لأن الأصل عدم البلوغ.

وإن قال: ضمنت وأنا مجنون، وقال: بل ضمنت وأنت عاقل، فإن لم يعرف له حالة جنون، فالقول قول المضمون له؛ لأن الأصل العقل، وصحة الضمان.

وإن عرف له حالة جنون؛ فالقول قول الضامن؛ لأنه يحتمل أن يكون الضمان فى حالة الإفاقة، ويحتمل أن يكون فى حالة الجنون، والأصل عدم الضمان، وبراءة الذمة.

وإن ضمن عن رجل شيئًا، وأدى المال، ثم ادعى أنه ضمن بإذنه، وأدى بإذنه ليرجع، وأنكر المضمون عنه الإذن، لم يرجع عليه؛ لأن الأصل عدم الإذن.

وإن تكفل ببدن رجل، ثم ادعى أنه تكفل به، ولا حق عليه، فالقول قول المكفول له لأن الكفيل قد أقر بالكفالة، والكفالة لا تكون إلا بمن عليه حق، فكان القول قول المكفول له، فإن طلب الكفيل يمين المكفول له على ذلك؛ ففيه وجهان:

أحدهما: يحلف؛ لأن ما يدعيه الكفيل ممكن، فحلف عليه الخصم.

والثانى: لا يحلف؛ لأن إقراره بالكفالة يقتضى وجوب الحق، وما يدعيه يكذب إقراره، فلم يحلف الخصم.

وإن ادعى الضامن: أنه قضى الحق عن المضمون عنه، وأقر المضمون له، وأنكر

---

(١) ينظر: المهذب ١/ ٣٤٤، روضة الطالبين ٤/ ٣٥٥، بدائع الصنائع ٥/ ٧، فتح القدير ٥/ ٣٩٠، حاشية الدسوقى ٣/ ٣٣٣، كشاف القناع ٣/ ٣٧٠ .

المضمون عنه؛ ففيه وجهان:

أحدهما: أن القول قول المضمون عنه؛ لأن الضامن يدعى القضاء ليرجع، فلم يقبل قوله، والمضمون له يشهد على فعل نفسه أنه قبض، فلم تقبل شهادته، فسقط قولهما، وحلف المضمون عنه.

والثانى: أن القول قول الضامن؛ لأن قبض المضمون له يثبت: بالإقرار مرةً، وبالبينة أخرى، ولو ثبت قبضه بالبينة، رجع الضامن، فكذلك إذا ثبت بالإقرار.

(الشرح) قوله: «لأن الأصل العقل» قال النووى - رحمه الله - فى التحرير[1]: قال أهل اللغة: العقل فى اللغة المنع، وسمى عقل الآدمى لأنه يَعْقِلُ صاحبه عن التورط فى المهالك، أى: يحبسه.

وقال الأزهرى: قال ابن الأعرابى: العقل التثبت فى الأمور.

وقال آخرون: العقل هو التمييز الذى يتميز به الإنسان عن سائر الحيوان، قال: والمعقول: العقل، يقال: ماله معقول: أى عقل، قال: والمعقول أيضًا ما تعقله بقلبك.

وقال صاحب المحكم[2]: العقل ضد الحمق، وجمعه: عقول، وعقل يعقل عقلًا كضرب يضرب ضربًا، وعَقُلَ - بضم القاف أيضًا - فهو عاقل، من قولهم: عقلاء، وعاقلة، فَعَقَلَهُ يَعْقِلُه أى كان أعقل منه، وعقل الشىء فهمه، وقَلْبٌ عَقُول: فَهِمٌ، وتَعَاقَلَ: أظهر أنه عاقل، وليس كذلك، هذا كلام أهل اللغة[3].

وأما المتكلمون فلهم كلام طويل فى حد العقل وتقسيمه، من أخصره قول إمام الحرمين فى أول الإرشاد:

العقل علوم ضرورية، والدليل على أنه من العلوم استحالة الاتصاف به مع تقدير الخلو عن جميع العلوم، قال: وليس هو من العلوم النظرية؛ إذ شرط النظر تقدم العقل، وليس العقل جميع العلوم الضرورية؛ فإن الأعمى ومن لا يدرك يتصف بالعقل مع انتفاء علوم ضرورية عنه، فبان بهذا أن العقل من العلوم الضرورية، وليس

---

(١) ص (٢٢١، ٢٢٢).
(٢) (١/١٠٨).
(٣) ينظر: تهذيب اللغة (١/ ٢٤٠ - ٢٤١) والمحكم (عقل).

كلها، ومذهب أصحابنا وكثيرين: أن العقل فى القلب، وقيل فى الرأس.

الأحكام: إذا ضمن عن رجل دينا، ثم اختلفا، فقال الضامن: ضمنت وأنا صبى، وقال المضمون له: بل ضمنت وأنت بالغ، فإن أقام المضمون له بينة أنه ضمن وهو بالغ، حكم بصحة الضمان، وإن لم تكن بينة، فالقول قول الضامن؛ لأن الأصل عدم البلوغ.

وإن قال الضامن: ضمنت وأنا مجنون، وقال المضمون له: بل ضمنت وأنت عاقل، فإن أقام المضمون له بنية أنه ضمن له وهو عاقل، حكم له بصحة الضمان، وإن لم تكن له بينة، فإن لم يعرف للضامن حالُ جنون، فالقول قول المضمون له مع يمينه؛ لأن الأصل صحة الضامن، وإن عرف له حال جنون، فالقول قول الضامن مع يمينه لأنه يحتمل إن ضمن فى حال الجنون ويحتمل أنه ضمن فى حال الإفاقة، والأصل براءة ذمته.

فرع: وإن ادعى الضامن أن المضمون له أبرأه عن ضمانه، وأنكر المضمون له البراءة، فأحضر الضامن شاهدين أحدهما المضمون عنه - قال الصيمرى: فإن لم يأمره بالضمان عنه، قبلت شهادته، وإن أمره بالضمان عنه، لم تقبل شهادته.

فرع: وإن ادعى على رجل أنه ضمن له دينا على رجل غائب معين، وأنكر الضامن، وأحضر المضمون له بينة تشهد بالضمان - فإن بين قدر المال المضمون به، وشهدت معه البينة بذلك، حكم بها. وإن ادعى الضمان بمال معلوم، والمضمون عنه مجهول، وشهدت له بذلك بينة، فهل تسمع بينته؟ فيه وجهان:

أحدهما: لا تسمع هذه البينة، ولا يحكم له على الضامن بشىء؛ لأن الذى عليه الحق إذا كان مجهولا، لم يثبت حقه، وإذا لم يثبت على الأصل، لم يثبت على الضامن.

والثانى: يحكم له على الضامن؛ لأن البينة قد قامت عليه بذلك، ألا ترى أنها لو شهدت بأن له عليه ألفا من جهة الضمان، سمعت، فكذلك هذا مثله.

فرع: إذا ضمن الرجل لغيره دينا، وقضاه، وادعى الضامن على المضمون عنه: أنه ضمن بإذنه وقضى بإذنه، ليرجع عليه، وأنكر المضمون عنه الإذن - فإن أقام الضامن بذلك بينة، حكم له بالرجوع على المضمون عنه، وإن لم يقم بينة، فالقول قول المضمون عنه مع يمينه؛ لأن الأصل عدم الإذن.

فرع: فإن قال: تكفلت لك ببدن فلان مؤجلا، فقال المكفول له: بل تكفلت به معجلا، وأقام كل واحد منهما شاهدا واحدا بما قال، ففيه وجهان، حكاهما الصيدلانى.

أحدهما: لا يلزم إلا مؤجلا؛ لأنه لم يقر بغيره.

والثانى: يحلف كل واحد منهما مع شاهده، ويتعارضان، ويسقطان، ويبقى الضمان معجلًا.

فرع: إذا ادعى الكفيل: أن المكفول له برئ من الحق، وأن الكفالة قد سقطت، وأنكر ذلك المكفول له، ولم تكن بينة، فالقول قول المكفول له مع يمينه؛ لأن الأصل بقاء الحق له، فإذا حلف، ثبتت الكفالة له، وإن نكل، فحلف الكفيل، برئ الكفيل، ولا يبرأ المكفول له من الحق؛ لأنه لا يبرأ بيمين غيره.

وإن قال الكفيل: تكفلت لك به، ولا حق لك عليه، فالقول قول المكفول له؛ لأن الظاهر صحة الكفالة، وهل يحلف؟ قال أبو العباس: فيه وجهان:

أحدهما: لا يحلف؛ لأن دعوى الكفيل تخالف ظاهر قوله.

والثانى: يحلف؛ لأن ما يدعيه الكفيل ممكن.

فإن حلف، فلا كلام، وإن نكل رددنا اليمين على الكفيل؛ لأنه قد يجوز أن يعلم أنه لا حق للمكفول له بإقراره.

فإن قال: تكفلت له به بشرط الخيار، قال فى الإقرار والمواهب: سقط إقراره.

وفيه قول آخر: أنه يسقط قوله بشرط الخيار، وتلزمه الكفالة، وأصل هذا إذا وصل إقراره بما يبطله[1] .

فصل : فى مسائل مهمة تتعلق بالضمان، ذكرها العمرانى فى البيان:

إذا ضمن الرجل فى مرض موته عن غيره دينا، فإن ذلك معتبر من ثلث ماله؛ لأنه تبرع، فهو كما لو وهب لغيره مالا.

إذا ثبت هذا: فإذا ضمن رجل فى مرض موته عن غيره تسعين درهما بإذنه، ومات الضامن، وخلف تسعين درهما لاغير، ومات المضمون عنه ولا يملك غير خمسة وأربعين درهما فإن طالب المضمون له بحقه من تركة الضامن، وقع فى هذه

---

(١) ينظر: فتح العزيز ١٠/ ٣٨٤، مغنى المحتاج ٢/ ٢٠٧ .

المسألة دور، والعمل فيه أن نقول: يذهب بالضمان من التسعين شيء، ولكنه يرجع إليهم نصف شيء؛ لأن ما خلفه المضمون عنه مثل نصف تركة الضامن، فيعلم أنه ما ذهب عنهم بالضمان إلا نصف شيء، ويجب أن تكون هذه التسعون إلا نصف شيء الباقية معهم تعدل شيئا كاملا، مثلى ما ذهب عنهم بالضمان، فأجبر التسعين بنصف الشيء الناقص عنها، ثم رده على الشيء الكامل، فيكون تسعون تعدل شيئا ونصف شيء الشيء: ثلثاها، وهو ستون، فيأخذ المضمون له ستين من تركة الضامن، ويستحق ورثة الضامن الرجوع فى تركة المضمون عنه بها؛ لأن الضمان بإذنه، ويبقى للمضمون له من دينه ثلاثون، فيرجع بها فى تركة المضمون عنه، وتركته أقل من ذلك، فيقتسم المضمون له وورثة الضامن الخمسة والأربعين على قدر حقيهما، فيكون لورثة الضامن ثلثاها، وهو ثلاثون، وللمضمون له ثلثها، وهو خمسة عشر، فيجتمع لورثة الضامن ستون، وخرج منهم بالضمان ثلاثون، وقد بقى معهم مثلا ما خرج منهم.

فإذا تقرر لهذا: وعرف ما يستحقه المضمون له من تركة الضامن بالعمل، فهو بالخيار: إن شاء فعل ما ذكرناه، وإن شاء رجع على ورثة المضمون عنه بجميع تركته، وهو خمسة وأربعون، ورجع من تركة الضامن بثلثها، وهو ثلاثون، وإن شاء أخذ من ورثة الضامن خمسة وسبعين، ورجع ورثة الضامن بجميع تركة المضمون عنه.

فإن كانت بحالها، إلا أن المضمون عنه خلف ثلاثين درهما لا غير، فالعمل فيه: أن يخرج من التسعين شيء بالضمان، ويرجع إليهم ثلث شيء؛ لأن تركة المضمون عنه ثلث تركة الضامن، فيبقى مع ورثة الضامن تسعون إلا ثلثى شيء، تعدل شيئا وثلث شيء، فإذا جبرت التسعين، عدلت شيئين، الشيء: نصفها، وهو خمسة وأربعون، فيأخذها من تركة الضامن، ويرجع المضمون له، وورثة الضامن فى تركة المضمون عنه بنصفين، لاستواء حقيهما، فيرجع إلى ورثة الضامن خمسة عشر، فيجتمع لهم ستون، وخرج منهم ثلاثون، ، ويجتمع للمضمون له ستون، ويسقط من دينه ثلاثون، فإن شاء فعل ما ذكرناه، وإن شاء أخذ الستين كلها من تركة الضامن، ورجع ورثة الضامن بجميع تركة المضمون عنه، وإن شاء المضمون له أخذ جميع تركة المضمون عنه وهو ثلاثون، وأخذ من تركة الضامن ثلثها، وهو

ثلاثون، ويبقى لهم ستون مِثْلا ما خرج منهم.

فإن خلف المضمون عنه ستين، فإن المضمون له لا ينقص من دينه شيء ههنا والعمل فيه على قياس ما مضى.

مسألة: إذا ادعى رجل على رجل حاضر أنه ابتاع منه هو ورجل غائب عبدا بألف درهم، على كل واحد منهما خمسمائة درهم، وقبضاه، وكل واحد منهما ضامن ما على صاحبه، فإن أقر الحاضر بذلك، لزمه أن يدفع إلى المدعى ألفا، فإذا قدم الغائب فإن صدق الحاضر، رجع عليه الحاضر بما قضى عنه، وهو خمسمائة، وإن كذبه، فالقول قوله مع يمينه، فإذا حلف، سقط حق الحاضر.

وإن أنكر الحاضر المدعى، فإن لم يكن للمدعى بينة، فالقول قول الحاضر مع يمينه، فإذا حلف، سقطت عنه المطالبة.

فإذا قدم الغائب، فادعى عليه البائع، فإن أنكره، حلف له أيضا، ولا كلام. وإن أقر له بما ادعاه عليه، لزم القادم الخمسمائة التى أقر أنه اشترى هو بها، وهل تلزمه الخمسمائة التى أقر أن شريكه اشترى بها، وضمن هو عليه؟ فيه وجهان:

أحدهما: قال القاضى أبو الطيب: لا تلزمه؛ لأنا قد حكمنا بسقوطها عن الحاضر بيمينه.

والثانى: قال ابن الصباغ: تلزم القادم؛ لأن اليمين لم تبرئه من الثمن، وإنما تسقط عنه المطالبة فى الظاهر، فإذا أقر أنه الضامن، لزمه، ولهذا لو أقام بينة عليه بعد يمينه، لزمه الثمن، ولزم الضامن، فثبت أن الحق لم يسقط عن الحاضر وعن الغائب.

وإن أقام المدعى بينة على الحاضر بأنهما اشتريا منه العبد بألف، وقبضاه، وضمن كل واحد منهما عن صاحبه الخمسائة، فللمدعى أن يطالب الحاضر بجميع الألف؛ لأن البينة قد شهدت عليه بذلك، وهل للحاضر أن يرجع بنصفها على الغائب إذا قدم؟

نقل المزنى: أنه يرجع بالنصف على الغائب

واختلف أصحابنا فى ذلك:

فمنهم من قال: لا يرجع عليه بشىء، ولم يذكر ابن الصباغ غيره؛ لأنه منكر لما شهدت عليه البينة، مقر أن المدعى ظالم له، فلا يرجع على غير من ظلمه.

ومن قال بهذا، تأول ما نقله المزنى تأويلات:

أحدها: يحتمل أن يكون الحاضر صدق المدعى فيما ادعاه، غير أن المدعى قال: وأنا أقيم البينة أيضا، فأقامها، فيرجع ههنا؛ لأنه ليس فيه تكذيب البينة.

الثانى: أن يكون الحاضر لم يقر، ولم ينكر، بل سكت، فأقام عليه المدعى البينة، فليس فيه تكذيب.

الثالث: أن يكون الحاضر أنكر شراء نفسه، ولم يتعرض لشراء شريكه، فقامت عليه البينة.

الرابع: أن يكون الحاضر أنكر شراءه، وشراء شريكه، وضمانهما، إلا أن الحاضر لما قامت عليه البينة، وأخذ منه المدعى الألف ظلما، ثبت له على الغائب خمسمائة بالبينة، وقد أخذ المدعى من الحاضر خمسمائة ظلما، فيكون للحاضر أن يأخذ ما ثبت للمدعى على الغائب.

ومن أصحابنا من وافق المزنى، وقال: يرجع الحاضر على الغائب بخمسمائة وإن أنكر الشراء والضمان؛ لأنه يقول: كان عندى إشكال فى ذلك، وقد كشفت هذه البينة هذا الإشكال وأزالته، فهو كمن اشترى شيئا، وادعى عليه آخر بأنه له، وأنكر المشترى ذلك، وأقام المدعى بينة، وانتزعه من يده، فإن له أن يرجع على البائع بالثمن، ولا يقال: إن بإقراره أن المدعى ظالم يسقط حقه من الرجوع.

وقال الشيخ أبو حامد فى "التعليق": ينظر فى الحاضر:

فإن تقدم منه تكذيب البينة، مثل: أن قال لمن ادعى عليه: لم نبتغ منك شيئا، ولا تستحق علينا شيئا، ثم قامت البينة بذلك، فإنه لا يرجع على صاحبه بشىء؛ لأنه قد كذب البينة بما شهدت، وأن هذا المدعى ظالم.

قيل له: فإن قدم الغائب، واعترف بصدق المدعى، فقال: لا يرجع عليه بشىء؛ لأنه يقر له بما لا يدعيه.

وإن لم يتقدم منه تكذيب البينة، مثل: أن قال: مالك عندى شىء، فإنه يرجع على صاحبه بخمسمائة؛ لأنه ضمن عنه بإذنه، ودفع عنه.

قلت: ولعل صاحب الوجه الأول لا يخالف تفصيل الشيخ أبى حامد فى جواب الحاضر، وأن الحكم يختلف باختلاف جوابه، كما ذكره.

التأصيل النظرى للضمان فى البنوك الإسلامية[(١)]

تتفق البنوك الإسلامية مع البنوك العادية فى القيام بمجموعة من النشاطات الواحدة، وإن كانت طبيعة عمل البنوك الإسلامية تختلف عنها فى البنوك العادية؛ إذ تختلف الأسس التى يقوم عليها كل بنك، وكذلك تختلف الأساليب؛ وفقًا لما وضعه أصحاب كل اتجاه من منهج تقوم عليه أعمال هذه البنوك.

فالبنوك العادية - مثلا - تقوم أساسًا على نظام سعر الفائدة، مما يؤدى إلى أن تكون العلاقة بين البنك والعملاء علاقة قرض، يكون البنك مدينًا للمودعين؛ ملتزمًا أمامهم وأمام القانون برد ودائعهم إليهم، وكذلك رد فوائدها التى تم تحديد قيمتها منذ البداية، وأن يكون البنك دائنًا، ملزمًا للمقترضين بأن يردوا إليه قيمة القرض، وفائدته التى تحددت من قبل كذلك.

ويختلف شكل هذه العلاقة فى البنوك الإسلامية؛ إذ تقوم العلاقة بين البنك والعملاء على أساس المشاركة فى الربح والخسارة، واقتسام المخاطرة، وذلك إما بالاهتداء ببعض العقود الشرعية القائمة بالفعل من: إجارة، ومضاربة، ومشاركة، وكفالة، وغير ذلك، أو استحداث عقود جديدة - والشرع الإسلامى يسمح بذلك - ما دامت هذه العقود متفقة مع المقاصد الشرعية المتوخاة، والمصالح الشرعية المطلوبة.

وبذلك يكون ما يتناسب مع طبيعة عمل البنوك العادية من نشاطات غير متلائمة مع طبيعة عمل البنوك الإسلامية.

وتقتضى دراستنا للضمان فى المصارف الإسلامية الحديثة التعرف بداية على طبيعة الضمان المناسب لنشاطات البنوك الإسلامية، والتقعيد - نظريًا - لهذه الطبيعة، فنقول:

---

(١) ينظر: الضمان فى الفقه الإسلامى وتطبيقاته فى المصارف الإسلامية، لمؤلفه: الدكتور/ محمد عبد المنعم أبو زيد، وهو باحث متخصص فى الاقتصاد الإسلامى، وله عدة بحوث فى ذلك منها بحثه: النشاط الاستثمارى للمصارف الإسلامية الذى نال به درجة الماجستير، وبحثه: نظام المضاربة فى المصارف الإسلامية: القواعد والضوابط الأساسية لتطويره والآثار المتوقعة على النشاط المصرفى والاقتصادى، وبعض البحوث المنشورة منها: الدور الاقتصادى للمصارف الإسلامية بين النظرية والتطبيق، وعقد المضاربة فى الفقه الإسلامى وتطبيقاته فى المصارف الإسلامية، والبحث المشار إليه .

أنواع الموارد فى البنوك الإسلامية وعلاقتها بالضمان

الموارد فى البنوك الإسلامية نوعان:

١ - موارد ذاتية.

٢ - موارد خارجية.

وتتمثل الموارد الذاتية فى حقوق المساهمين، أى: رأس المال المدفوع، والمخصصات، والاحتياطيات، والأرباح غير الموزعة. والمساهمون لهم الحق فى إدارة أعمال البنك، ويشاركون فى نتيجة نشاطه: من ربح أو خسارة بنسبة حصة كل منهم فى رأس المال؛ وذلك لأن العلاقة التى تجمعهم، والتى تربطهم بالبنك هى علاقة المشاركة؛ ولذلك كانت العلاقة بين المساهمين والبنك علاقة شركة.

أما الموارد الخارجية: فهى الودائع التى يودعها أصحابها فى البنك، مع اختلاف أساليب السحب، واختلاف استحقاقات العوائد، وكذلك اختلاف نوع العلاقة بين المودعين والبنك.

والودائع أنواع ثلاثة:

١ - ودائع جارية (تحت الطلب).

٢ - ودائع ادخارية (توفير).

٣ - ودائع استثمارية.

أما النوع الأول: وهو الودائع الجارية، فهى أموال يودعها أصحابها بالبنك، لا بهدف الحصول على عائد ما، لكن يودعونها بغية تيسير ما تتطلبه معاملاتهم اليومية من ماديات، سواء كانت هذه التعاملات شخصية، أم تجارية، فهى ودائع يجوز السحب منها والإضافة إليها بصورة مستمرة.

والودائع الجارية - كصورة من صور التعامل المصرفى - تشترك فيها جميع البنوك، سواء كانت إسلامية أو عادية، إلا أن قواعد التعامل تختلف شيئًا ما بين البنك الإسلامى والبنك العادى بالنسبة للودائع الجارية؛ فالبنوك العادية يمكن أن يتحول الحساب الجارى فيها إلى حساب مدين من خلال السحب على المكشوف، بخلاف البنوك الإسلامية، التى لا يمكن حدوث مثل هذا التحول فيها؛ لأن البنك الإسلامى يرى أن نظام السحب على المكشوف غير جائز شرعًا؛ لأنه صورة من صور الإقراض بالفائدة، وهو حرام شرعًا؛ تطبيقًا للقاعدة الشرعية المعروفة: «كل

قرض جرَّ نفعًا فهو ربا».

غير أن هذا لا ينفى وجود أوجه من التشابه بين نظام الودائع الجارية فى البنوك الإسلامية، والعادية؛ لأن أوجه التشابه بينهما موجودة بالفعل؛ حيث لا يستحق المودع وديعة جارية أى عائد عن وديعته: لا فى البنك الإسلامى، ولا فى البنك العادى، كما أن أى بنك يلتزم برد الوديعة كاملة لصاحبها؛ إذا ما طلبها فى أى وقت يشاؤه.

لكن يلاحظ فى رد الوديعة أن البنك لا يلتزم ردها بعينها، وإنما يرد مثلها؛ مما يعنى أن مصطلح «الوديعة» - كمصطلح فقهى معروف فى الفقه الإسلامى - لا ينطبق على الودائع الجارية؛ لأن من شروط الوديعة فى الفقه الإسلامى أن تكون مضمونة، وأن ترد بعينها، وهاهنا لا يوجد الرد إلا بالمثل؛ فجرت الوديعة فى المصارف الإسلامية مجرى القرض فى الضمان والرد بالمثل.

أما النوع الثانى: وهو الودائع الادخارية: فهى الودائع التى يودعها أصحابها بهدف ادخار ما زاد من أموالهم عن احتياجاتهم الحالية، على أن يسمح لهم بالسحب منها متى شاءوا، وعلى أن يضمن البنك ردها إليهم كاملة.

وهذا النوع من الودائع قريب الشبه جدًّا من النوع السابق، بالنسبة للمصارف الإسلامية؛ لأن التكييف الشرعى للعلاقة بين البنك والمودع ههنا قائم على القرض؛ كما قلنا فى الودائع الجارية؛ لأن المصرف الإسلامى فى تعامله بنظام الودائع الادخارية يلتزم برد مثل الوديعة كاملة، ولا يمنح المودع أية أرباح عن وديعته بخلاف البنك العادى؛ فإنه عند التعامل بالودائع الادخارية، يقوم بمنح المودع فوائد فى نهاية كل فترة زمنية، تحسب هذه الفوائد؛ بناء على أقل رصيد خلال تلك الفترة.

ولما كان وجود الفوائد مغريًا لأصحاب الودائع بالتعامل مع البنك العادى، والإعراض عن البنوك الإسلامية - فإن ثمة مقترحات من علماء الاقتصاد الإسلامى تنادى بمنح أصحاب الودائع الادخارية بعض المزايا: من جوائز مالية، أو عينية، وما أشبهها، تكون غير مشروطة، ولا ثابتة، ولا ملزمة؛ حتى يمكن تكييفها شرعًا من باب حسن القضاء من البنك - تشجيعًا لأصحاب الأموال على الادخار بالبنوك الإسلامية.

وهناك من ينادى بإعطاء المودع وديعة ادخارية أرباحًا إذا ما نص عند فتحه للحساب على أن حكم معاملته مع البنك حكم «المضاربة» - إلا أن الأخذ بهذا الرأى يحول الوديعة من وديعة ادخارية إلى وديعة استثمارية، وهى ما سنتحدث عنه فى النوع التالى.

النوع الثالث: الودائع الاستثمارية: هى الودائع التى يودعها أصحابها بالبنك بهدف استثمار أموالهم، وتحقيق الأرباح؛ حيث يقوم المصرف باستثمار هذه الأموال والدخول بها فى مشروعات إما منفردًا، وإما بالاشتراك مع غيره من المتعاملين، والودائع الاستثمارية نوعان:

الأول: عامة، حيث يودع المودع أمواله بالبنك ويمنحه حق استثمارها فى أى مشروع يختاره، وتكون العلاقة بين البنك والمودع علاقة مضاربة مطلقة.

الثانى: خاصة، وفيها يودع المودع أمواله بالبنك، ويختار مشروعًا بعينه من المشروعات التى يحددها البنك؛ ليتم الاستثمار فيه عن طريق البنك، وتكون العلاقة بين البنك والمودع هاهنا علاقة مضاربة مقيدة.

هذه هى أنواع الموارد فى البنوك الإسلامية، وبقى لنا أن نعرض لعلاقة هذه الموارد بالضمان فنقول:

النوع الأول من الموارد، وهو الموارد الذاتية، لا مدخل لقضية الضمان فيها؛ لأن هذه الموارد هى أموال المساهمين القائمين على إدارة أعمال البنك؛ ومن ثَمَّ فإن أموالهم تكون تحت حيازتهم وتصرفهم، فلا حاجة هاهنا إلى الضمان.

ويجرى هذا على البنوك العادية والبنوك الإسلامية.

أما النوع الثانى من الموارد، فقد قلنا: إنه يتفرع منه ثلاثة أنواع من الودائع:

جارية.

وإدخارية.

واستثمارية.

وقضية الضمان بالنسبة للودائع الجارية، والادخارية محسومة؛ إذ يقوم البنك الإسلامى - أو العادى - بضمان هذه الودائع وردها كاملة لأصحابها؛ إذا ما طلبوها فى أى وقت، مع ملاحظة ما سبق أن ذكرناه عن نظام الأرباح فى الودائع الادخارية.

ونأتى إلى الودائع الاستثمارية، فنجد مساحة الاختلاف تتسع بين البنوك

الإسلامية والعادية فى ضمان هذا النوع من الودائع؛ فالعلاقة بين البنك العادى وبين المستثمر علاقة المدين بالدائن؛ حيث يلتزم البنك - باعتباره الطرف المدين - بضمان قيمة الوديعة، وما تستحقه من فوائد فى أجل معين للمستثمر؛ باعتباره الطرف الدائن.

أما فى البنوك الإسلامية فالعلاقة بينها وبين أصحاب الودائع الاستثمارية يحكمها عقد «المضاربة» ؛ حيث يكون المودع هو رب المال، ويكون البنك هو رب العمل - أى: المضارب - وبذلك ينبغى إذا أردنا دراسة قضية الضمان هنا أن ندرسها وفق أحكام عقد المضاربة ومعاييرها فى الفقه.

وتقضى أحكام الفقه الإسلامى فيما يخص المضاربة - أنه لا يضمن العامل ما يصيب رأس المال من فساد أو تلف، أو ما يعتوره من خسارة، اللهم إلا إذا تعدى، أو كان التقصير من جانبه هو.

ولقد اعتبر الفقهاء العامل أمينًا، ومعلوم أن الأمين لا يضمن إلا إذا تعدَّى، أو قصر، أو خالف فيما اتفق على اشتراطه، وهذا هو ما اتفق عليه الفقهاء فى معظمهم. ومن ثم، فإنه لا يجوز أن يضمن البنك الإسلامى لصاحب الوديعة وديعته الاستثمارية، حتى لا يفسد عقد الإيداع القائم على أحكام المضاربة، أى: أن البنك يقوم باستثمار هذه الودائع؛ لأنه هو: رب العمل، وهو الذى يقتسم الربح مع المودع فى حالة تحقق أى ربح، حسب النسبة التى اتفق عليها مع المودع - وهو رب المال - عند الإيداع، أما فى حالة الخسارة فإن المودع - رب المال - يتحملها من رأس ماله، ويكون له الحق فى استرداد ما تبقى من رأس ماله الذى أودعه بعد خصم قيمة الخسارة.

هذه هى الأحكام الشرعية التى يخضع لها أمر الضمان فى عقد المضاربة.

وقد أثارت هذه الأحكام حفيظة بعض علماء الاقتصاد، ورأوا فى عدم ضمان البنك الإسلامى للودائع الاستثمارية تنفيرًا للمودع عن استثمار ودائعه فيه؛ لأنه بطبيعة الحال يخشى على ماله من التلف والهلاك؛ ولهذا فإنه سينصرف إلى البنوك العادية؛ لتوفُّر الضمان فيها؛ لذلك حاول هؤلاء العلماء أن يقدموا بعض الاقتراحات التى توفر جانب الضمان للمودع الاستثمارى بما يتماشى مع المبادئ الإسلامية ومن هذه المقترحات:

١ - نظر البعض إلى العلاقة الاستثمارية بين المودع والبنك، فرأى أنها لا تتوقف عليهما فقط، بل إنه فى حقيقة الأمر يقوم المودع بإيداع أمواله فى البنك، ويقوم البنك بتسليم هذه الأموال إلى من يستثمرها؛ إذن فإن علاقة المضاربة - فى الحقيقة- تكون قائمة بين المودع - رب المال - من جهة، وبين المستثمر - العامل - من جهة أخرى، ولا يزيد دور البنك عن مجرد وسيط بينهما.

فالعلاقة الاستثمارية تشتمل على أطراف ثلاثة، هم:

أ - المودع (رب المال).

ب - المستثمر (العامل).

ج - البنك (الوسيط).

ولما كان العامل فى المضاربة لا يجوز أن يضمن؛ بحكم الشرع، وكان المودع يريد ضمان ماله ويخشى هلاكه؛ فيرى أصحاب هذا الرأى: أنه لا غضاضة فى أن يضمن البنك الوديعة كاملة للمودع باعتباره متبرعًا بعيدًا عن طرفى المضاربة؛ لأن الذى لا يجوز أن يضمن هو العامل والبنك ليس بعامل، بل هو مجرد وسيط.

بل يخطو أصحاب هذا الرأى برأيهم خطوة أوسع؛ حيث يرون أنه باعتبار البنك مجرد وسيط؛ فإنه لا غضاضة - أيضًا - أن يقوم - إلى جانب ضمان الوديعة - بإعطاء المودع نسبة من الربح لا تقل عن النسبة التى تقدمها البنوك العادية؛ تشجيعًا للمودعين على التعامل مع البنوك الإسلامية.

وقد وُجِّه إلى هذا الاقتراح الكثير من الانتقادات أهمها:

أن هذا الاقتراح يحول العلاقة بين المودع والمصرف الإسلامى إلى علاقة ربوية، لا تفترق فى قليل ولا كثير عن معاملات البنوك العادية.

ثم من أين يأتى البنك الإسلامى بضمان الودائع والأرباح فى حالة وجود خسائر، إلا إذا زاد فى نسبة الربح التى يتقاضاها من المستثمرين، وبهذا نقع فيما فر منه صاحب الاقتراح؛ لأننا إذا زدنا فى نسبة الربح المأخوذة من المستثمر، فإنه سيتحول عن التعامل مع البنك الإسلامى إلى البنك العادى؛ إذ يجد تكلفة الاقتراض منه أقل من تكلفة الاقتراض من البنك الإسلامى، وبهذا نكون قد شجعنا المودعين، ونفَّرنا المستثمرين.

٢ - ورأى فريق آخر أنه يمكن أن يضمن البنك الودائع الاستثمارية باعتباره «عاملا مشتركًا» ؛ قياسا على ما ذهب إليه بعض الفقهاء فى تضمين الأجير المشترك.

ولكن انتقد هذا الرأى بأن قياس المضارب المشترك على الأجير المشترك قياس مع الفارق؛ لأن المضارب - العامل - شريك لرب المال بعمله، بخلاف الأجير المشترك؛ فإنه يعمل لمؤجره نظير أجر معلوم محدد.

ثم إن تضمين الأجير المشترك ليس إلا مجرد رأى لبعض الفقهاء، أى: أنه لم يثبت، لا بنص ثابت ولا إجماع؛ فلا يصح أن يقاس غيره عليه.

وإضافة إلى هذا وذاك يوجه إليه ما سبق توجيهه إلى الرأى الذى قبله من أن تضمين البنك للودائع الاستثمارية يجعله كالبنوك الربوية، فى اعتبار الودائع قروضًا.

٣ - وذهب فريق ثالث إلى أن البنك لا يضمن الودائع الاستثمارية، لا باعتباره وسيطًا متبرعًا - كما ذهب إليه أصحاب الرأى الأول - ولا باعتباره عاملًا مشتركًا - كما ذهب إليه أصحاب الرأى الثانى - ولكن ينبغى أن نُدخل فى عقد المضاربة المبرم بين المودع - بصفته رب المال - والبنك - بصفته العامل - طرفًا ثالثًا يكون ضامنًا للودائع حال الخسارة، ويتمثل هذا الطرف الثالث فى الحكومة مثلا؛ باعتبار ذلك مصلحة عامة للشعب ينبغى للحكومة تأييدها والوقوف بجانبها، أو ينشأ صندوق يكون الهدف منه تمويل ضمان الودائع عند الخسارة؛ وبذلك نتوصل إلى توفير الضمان للمودع وفى نفس الوقت لم نُضَمِّن العامل - المتمثل فى البنك - فلم نخالف عقد المضاربة.

بل إن الذاهبين لهذا الرأى يرون أن يمنح هذا الطرف الثالث للمودعين حدا أدنى من الربح إلى جانب ضمان الخسارة؛ تشجيعًا للتعامل مع البنوك الإسلامية.

ويرد على هذا الرأى - أيضًا - ما ورد على سابقيه من أنه: ما الفرق بين التعامل مع البنوك الإسلامية إذا أخذنا بهذا الاقتراح، وبين التعامل مع البنوك العادية الربوبية؟ الإجابة: لا فرق!!

ثم من أين تأتى هذه الجهة الثالثة بالمال الذى ستضمن به الودائع عند وجود خسائر؟ ومن أين ستأتى بالمال الذى ستمنح المودع منه حدًّا أدنى من الربح؟ وما هى الفائدة التى ستعود على هذه الجهة من وراء ذلك؟ الإجابة: لا أحد يعلم!!

والخلاصة: أن جميع المقترحات قد وقعت فى خطأ مشترك، ألا وهو أنها تريد تطويع المسائل الشرعية؛ لما هو ليس بشرعى، دون المساس بهذا الذى هو غير شرعى. أى: أن هذه المقترحات وضعت نصب أعينها تطويع المضاربة الشرعية؛

لتتناسب مع التعاملات الربوية غير الشرعية؛ باعتبار أن هذه التعاملات الربوية قد أصبحت واقعًا يفرض نفسه على الساحة الاقتصادية فى عصرنا الحاضر، وليس من نافلة القول أن نذكر أن دراسة واقع النازلة المعروضة أو المسألة المبحوثة، وفهم طبيعتها، والظروف والملابسات التى تخضع لها هذه النازلة أو المسألة ليست تعنى - أبدًا - الدوران فى فلك ما هو موجود، بمعنى أننا إذا كنا ندرس - مثلا - عقدًا جديدًا أو معاملة مالية مستحدثة لا يجب أن نسلم بكل عناصر هذا الواقع على ما هى عليه، واعتبارها عنصرًا مستقلا وثابتًا، بحيث نحاول فقط أن نطوع النصوص الشرعية لها، فهذا منافٍ للمقررات الشرعية الصحيحة، ولكن علينا أن نوجد مساحة ما - مهما كانت طبيعة هذه العقود أو المعاملات قد ثبتت واستقر التعامل بها - لتغيير هذا الواقع، وخاصة إذا كان هذا الوقع مخالفًا أو منافيًا لمقررات الشريعة الإسلامية.

ولعل ما ثار فى وجه كل هذه المحاولات - فيما يخص الواقع الذى تعمل فى ظله هذه البنوك - أن هذه البنوك تعمل فى جوٍّ ربوى، وطبيعة عملها تقوم على أساس نظام القروض الربوية، وهو واقع غير شرعى بالقطع، وبذلك لن تحقق كل هذه المحاولات إلا نتائج أو متطلبات غير شرعية، ما دامت قد تمت دون تغيير لهذا الواقع غير الشرعى.

وكذلك فإنه ينبغى أن تكون جميع الطرق والأساليب المقترحة للتطبيق متفقة مع أحكام الشريعة ومقرراتها، ومتوافقة مع المبادئ الفقهية السليمة، الحاكمة للمعاملات فى الفقه الإسلامى، ولقد خرجت المحاولات السابقة عن حكم فقهى سليم هو محل اتفاق عام من غير مخالف، وهو أن يكون الضمان فى المضاربة على رب المال، وأن العامل لا يضمن الخسارة إلا فى حالة ما إذا تعدى أو قصّر أو خالف الشروط المتفق عليها، ولقد قامت المحاولات السابقة على أساس أن العامل لا يضمن ويقوم طرف ثالث بالضمان، فأخذت بذلك نصف المبدأ السليم ولم تقم بإكماله؛ فإنه تجدد الإشارة إلى نقطة مهمة، هى أن مسألة الضمان فى المضاربة لا ترتبط بمن يقوم بالضمان أو يقدمه فقط، ولكن ترتبط -أساسًا - بمبدأ قضية الضمان، أى أن الأمر لا يتعلق بعدم جواز ضمان العامل لرأس مال المضاربة فقط، وإنما يتعلق بطبيعة دور رأس المال فى عملية المضاربة، وموقف صاحبه منه، وهذا هو النصف الآخر للمبدأ الفقهى؛ لأن أصل الحكم: ألا يكون رأس المال مضمونًا

لصاحبه من خلال هذه العملية، بمعنى: أن يعتمد على عنصر المخاطرة، وأن يكون موقف المودع - أى: رب المال - من ماله قائمًا على هذا الأساس، وبذلك يكون توفير الضمان للمودع يخالف أصلا من أصول المضاربة، حتى وإن لم يكن هذا التوفير من العامل أى: رب العمل - ذاته، وهو ما قرره الفقهاء.

وبهذا ينتهى البحث إلى تقرير نقطة مهمة وهى أن معالجة مسألة الضمان بهذا التصور للودائع الاستثمارية للبنوك الإسلامية المعتمدة على المضاربة معالجة خاطئة، ولعل الأقرب إلى الصواب أن تدرس هذه القضية وفق طبيعة نظام المضاربة مع عدم مخالفة المبادئ الأساسية لعقد المضاربة، وبما يتوافق مع المقررات الشرعية الصحيحة والمصالح الشرعية المطلوبة؛ كما يتضح مما يلى:

إن من يتصدى لمشكلة الضمان هاهنا كان لزاما عليه أن يتعرف أولا على سبب الداء، ثم يبنى علاجه عليه، فما هو سبب المشكلة؟!

الواقع، أن مسألة الضمان مسألة فى غاية الأهمية؛ إذ النفس الإنسانية مفطورة على حب المال؛ وصدق الله إذ يقول واصفًا للإنسان: ﴿وَإِنَّهُۥ لِحُبِّ ٱلْخَيْرِ لَشَدِيدٌ﴾ [العاديات: ٨]

فالإنسان -فى الغالب - يلهث من أجل الحصول على المال وإذا ما حصل على شىء منه تطلعت نفسه إلى شىء آخر؛ كما يقول ﷺ: «لَوْ أَنَّ لابْنِ آدَمَ وَادِيًا مِنْ ذَهَبٍ، لَابْتَغَى لَهُ ثَانِيًا، وَلَوْ كَانَ لَهُ وَادِيَانِ منْ ذَهَبٍ، لَابْتَغَى لَهُمَا ثَالِثًا، وَلَا يَمْلأُ جَوْفَ ابْنِ آدَمَ إِلَّا التُّرَابُ» (١).

---

(١) ورد عن ابن عباس وأبى هريرة، وابن الزبير، وأبى موسى الأشعرى، وأنس بن مالك، وزيد ابن أرقم، وأبى بن كعب
حديث ابن عباس:
أخرجه البخارى ١٣/ ٣٢ كتاب الزكاة باب ما يتقى من فتنة المال (٦٤٣٦) و (٦٤٣٧) ومسلم ٢/ ٧٢٥ - ٧٢٦ كتاب الزكاة باب لو أن لابن آدم واديين لابتغى ثالثًا (١١٨/ ١٠٤٩) وأحمد ١/ ٣٧٠ .
- حديث أبى هريرة:
أخرجه ابن ماجه ٥/ ٦٣١ كتاب الزهد باب الأمل والأجل (٤٢٣٥)، ومن طريق آخر أخرجه أبو يعلى (٦٥٧٣)
حديث ابن الزبير:
أخرجه البخارى ١٣/ ٣٣ كتاب الرقاق باب ما يتقى من فتنة المال (٦٤٣٨) =

وما دام الإنسان على هذه الدرجة من حب المال والرغبة فى تنميته وزيادته - فإنه سيفكر ألف مرة ومرة قبل أن يودع أمواله فى بنك من البنوك بهدف استثمارها، فإذا علم أن أمواله غير مضمونة، إذا ما خسر مشروع الاستثمار البنكى، فإنه لن يتردد لحظة عن الإقلاع عن التعامل مع هذا البنك والفرار إلى بنك آخر يلتزم له بضمان أمواله، لا سيما وأن البنوك الربوية من الكثرة بمكان، وتقدم الضمانات الكافية للأموال، إضافة إلى الأرباح المتفق عليها.

وقد زاد المسألة حدة غياب الوازع الدينى بين الناس، ولم يبال أحد بما كان هذا الذى سيحصل عليه من البنك ربا أو غير ربا، المهم أن ماله محفوظ ويزيد، ولا شيء آخر بعد ذلك يهم.

هذا من ناحية المودع - أما من ناحية البنك - وهو الطرف الثانى فى عقد المضاربة والذى يمثل دور العامل - فإن إحساسه بأنه لا ضمان عليه لأموال

= حديث أبى موسى الأشعرى:
أخرجه مسلم ٢/٧٢٦ كتاب الزكاة باب لو أن لابن آدم واديين لابتغى ثالثًا (١١٩/ ١٠٥٠)

حديث أنس بن مالك:
أخرجه البخارى ١٣/٣٣ (٦٤٣٩)، ومسلم (١١٧/١٠٤٨) وأحمد ٣/١٦٨ و٢٣٦ و٢٤٧ والترمذى ٤/١٦١ أبواب الزهد باب ما جاء لو كان لابن آدم واديان من مال... [من طرق عن الزهرى عنه]

وأخرجه مسلم (١١٦/١٠٤٨) وأحمد ٣/١٢٢ و١٧٦ و١٩٢ و١٩٨ و٢٣٨ و٢٤٣ و٢٧٢، والدارمى ٢/٣١٨ - ٣١٩ وأبو يعلى (٢٨٤٩) و (٢٨٥٨) و (٢٩٥١) و (٣٠٦٣) و (٣١٤٣) و (٣١٨١) و (٣٢٦٦) و (٣٢٦٧) وابن حبان (٣٢٣٦) من طرق عن قتادة عنه

حديث زيد بن أرقم:
أخرجه أحمد ٤/٣٦٨، وذكره الهيثمى فى مجمع الزوائد ١٠/٢٤٦ وقال: رواه أحمد والطبرانى والبزار بنحوه ورجالهم ثقات .

حديث أبى بن كعب:
أخرجه أحمد ٥/١١٧

ومن طريق أخرى أخرجه البخارى (٦٤٤٠) وفى الباب عن غير هؤلاء عن جابر بن عبد الله وعائشة وبريدة وسمرة بن جندب وأبى سعيد الخدرى وسعد بن أبى وقاص وأبى أمامة وكعب بن عياض

وينظر تخريج هذه الأحاديث جميعا فى مجمع الزوائد للهيثمى ١٠/٢٤٦ - ٢٤٧ .

المودعين - مع غياب الوازع الدينى عنده - قد يجعله غير حريص على هذه الأموال بنفس الدرجة التى لو علم فيها ضمانه لها.

أعتقد أن هاتين الناحيتين هما أساس المشكلة، وأن حل المشكلة ينبغى أن ينطلق من علاجها بعيدًا عن أساليب التحايل على الشرع، وجعل ما هو غير شرعى أساسًا نقوم بتطويع الشرع له.

فما هو الحل إذن.

إن الحل الأمثل - بل الوحيد فى رأيى - هو التمسك بأحكام المضاربة الإسلامية الصحيحة؛ فلا يضمن العامل المال لرب المال عند الخسارة؛ لاتفاق الفقهاء على ذلك، كما لا نحاول إيجاد طرف ثالث لضمان المال لرب المال؛ لأن ذلك يتنافى مع القاعدة الشرعية: «الغنم بالغرم» ؛ إذ لو أقمنا طرفًا ثالثًا لضمان المال عند الخسارة، لجعلنا رب المال مشاركًا فى الغنم فقط دون الغرم. فليبق أمر المضاربة على ما هو معهود فى الشرع، وليقدم المودع أمواله للبنك؛ ليستثمرها له وهو عالم أن البنك لا يضمن له المال إذا ما حدثت خسارة إلا إذا حدثت الخسارة، بتقصير من البنك أو إخلال ببعض الشروط المتفق عليها.

وليكن سلاحنا الذى نواجه ما يمكن أن ينشأ عن ذلك من إحجام عن التعامل مع البنوك الإسلامية والفرار إلى البنوك الربوية؛ الذى يدفع إليه حب المال وتنميته، كما قدمنا - ليكن سلاحنا هو التوعية الدينية السليمة للمجتمع المسلم، ودعوة أرباب الأموال إلى الاستثمار الشرعى بعيدًا عن الاستثمار الربوى، مبينين لهم ثواب الرزق الحلال وبركته وعقاب الحرام وقلة بركته، ولتتضافر على ذلك الحكومة والبنوك الإسلامية معا، يدا بيد، ينشرون التوعية بين الناس عن طريق: المقررات الدراسية، وتعليم طلبة المدارس والجامعات بأصول المعاملات المالية الإسلامية، وإعداد جماعة من الدعاة المتخصصين فى الاقتصاد الإسلامى، يقومون بتوعية الناس بالأسس الاقتصادية الإسلامية.

كما أنه من الممكن أن يكون للإعلام دور كبير فى ذلك عن طريق القيام ببعض الحملات الإعلامية فى الإذاعة والتلفزيون والصحافة؛ لتوعية الناس وترغيبهم فى الاستثمار الحلال، وتنفيرهم من الاستثمار الحرام.

وأيضًا: ينبغى للباحثين التنقيب عن الطرق الشرعية السليمة التى يمكن بها تنمية

الاقتصاد الإسلامى، ونشر الكتب، التى تقدم التوعية الكافية للناس.

وأخيرًا يبقى الجانب التشريعى عن طريق المجالس النيابية التى ينبغى أن تصدر من التشريعات ما يسهم فى علاج تلك المشكلة.

هذا هو ما نراه علاجًا للناحية الأولى: ناحية المودع وغياب الوازع الدينى عنه مما يجعله لا يهتم بسوى جمع المال والمحافظة عليه واجتناء الأرباح من ورائه، بغض النظر عن الحرام والحلال.

أما الناحية الثانية - وهى ناحية البنوك نفسها -: فإنه ينبغى أن تتوفر فى البنوك الإسلامية الجدية التامة فى مشروعاتها، وعدم الإقدام على أى مشروع قبل دراسات كاملة ومستفيضة عنه، مستعينة بذلك بخبراء الاقتصاد والعلماء فى كل مجال استثمارى؛ مما يساعد بقدر الإمكان على نجاح مشاريعها، والابتعاد عن جانب الخسارة؛ فتطمئن إليها قلوب المستثمرين، ويقبلون على التعامل معها.

أضف إلى ذلك - أيضًا - ضرورة تمتع القائمين على البنوك الإسلامية بالنزاهة التامة، بعيدين كل البعد عن أمور الاحتيال والنصب ومحاولة أكل أموال الناس بالباطل، ولو بأقل القليل؛ لأن مثل هذا لو حدث، كان جناية لا تضارعها جناية فى حق الاقتصاد الإسلامى؛ إذ كيف يأتمن المودع شخصًا يظهر المعاملة الإسلامية ويدعو إلى الابتعاد عن الربا، ثم يكتشف أن هذا الشخص محتال نصاب.

إن وجود مثل هذه الفئة تدمير للاقتصاد الإسلامى؛ حيث إنها تنفر الناس من البنوك الإسلامية عامة، وتصيبهم بالقلق عند التعامل مع أى بنك منها، وهذا ما لا نريده لاقتصادنا الإسلامى، بل نريد ثقة متبادلة بين المودع والقائمين على البنك، كما نريد استثمارًا حلالا، خاليًا عن الأمور الربوية؛ ليعم الخير وننعم بالرخاء، بعيدين عن كل مأثم يشين حياتنا وأخرانا.

استثمار الموارد فى البنوك الإسلامية

يتطلب الحديث عن استثمار الموارد فى البنوك الإسلامية أن نبين طبيعة هذا الاستثمار، وأوجه الاختلاف بين البنوك العادية والبنوك الإسلامية فى استثمار الموارد وما تفترق به الأخيرة عن الأولى فى نهجها فى الاستثمار؛ وبذلك يحتاج الحديث عن استثمار هذه الموارد وإلى نقطتين:

الأولى: طبيعة نشاط الاستثمار فى البنوك العادية والبنوك الإسلامية، وأثر هذا الاستثمار على الضمان.

الثانية: الضمانات التى تأخذها المصارف الإسلامية لتلائم طبيعة عملها.

وسوف نتحدث عن كل نقطة من هاتين النقطتين ببعض من التفصيل:

أولا: طبيعة نشاط الاستثمار فى البنوك وأثر ذلك على الضمان:

تتفق البنوك عامة فى ثلاثة عناصر تحكم نشاطاتها، وتراعيها، وهى:

- السيولة.
- الربحية.
- الضمان.

والسيولة بمعنى: أن تعمل البنوك على تجميع أكبر قدر من الموارد الاقتصادية لديها، وخاصة المورد النقدى. ثم تعمل هذه البنوك على تحقيق أكبر قدر من الربح، وهو الهدف الذى تسعى إليه كل المؤسسات الاستثمارية، والبنوك خاصة.

ولا يستطيع أى بنك أن يغفل - أثناء توظيفه لموارده - عن الضمانات التى تحقق له الغاية من هذا التوظيف، ألا وهى الربح، وعدم تعرض أمواله لأى مستوى من الخسائر، أو على الأقل تقليل المخاطر إلى أدنى مستوى.

فما هى الضمانات التى تتخذها البنوك حتى تكفل لمشاريعها الاستثمارية الربح وقلة المخاطر؟

تختلف هذه الضمانات بحسب طبيعة تعامل البنك مع المستثمر، والأمر فى البنوك العادية أقل خطرًا منه بكثير فى البنوك الإسلامية.

فالبنك العادى يتعامل مع المستثمر عن طريق عملية الإقراض، فيصبح البنك دائنًا، والمستثمر مدينًا، ويكون للمستثمر أن يتصرف فيما أخذه من أموال كيف يشاء على أن يكون ملتزمًا بسدادها وسداد أرباحها المتفق عليه فى الموعد الذى يحدده البنك، ولا عبرة بخط سير العملية الاستثمارية عند المستثمر بالنسبة للبنك، فسواء لديه خسر المستثمر أم ربح، كل ما يهم البنك، هو أن يقوم المقترض بسداد أصل القرض وما يتبعه من أرباح فى الوقت المحدد.

وعلى هذا، تكون طبيعة الضمانات التى يحتاجها البنك العادى من المستثمر عبارة عن ضمانات عينية وشخصية يستوثق بها البنك من الحصول على أمواله

وأرباحها كاملة عند مماطلة المستثمر فى السداد.

أما بالنسبة للبنوك الإسلامية، فالأمر أكثر تشعبًا وأشد خطرًا؛ فإن البنوك الإسلامية لا تتعامل بنظام القرض؛ فليس هناك دائن ولا مدين، وإنما هناك علاقة استثمارية، قد تكون مضاربة، أو مشاركة، أو مرابحة، بين المستثمر والبنك، إذا ربحت ربح الطرفان وإذا خسرت خسر الطرفان، لذا تكثر المخاطر التى تحتاج إلى اعتبار الضمانات الكافية لتلاشيها - أمام استثمارات البنوك الإسلامية، لا سيما وأن كل عملية استثمارية لها مخاطرها التى تختلف عن مخاطر عملية أخرى، وكذلك لكل عميل من المستثمرين أسلوب يخالف أسلوب المستثمر الآخر.

فتبين من ذلك أن الأمر فى استثمارات البنوك الإسلامية لا يقف عند الخوف من مماطلة العميل وعدم التزامه بسداد ما أخذ من أموال؛ كما هو الشأن فى البنوك العادية؛ بل إن العملية الاستثمارية هاهنا تحتاج إلى دراسات عميقة وشاملة للسوق الاقتصادية، ونوعية المشروع الذى يتم الاستثمار من خلاله، والإمكانيات التى توفر نجاح المشروع، والمخاطر التى يمكن أن تواجهه، ونوع العميل المشارك فى الاستثمار. . . إلخ

ونتيجة هذه الدراسات هى التى تكشف عن الضمانات التى يجب أن يراعيها البنك فى تنفيذ مشروعه.

وبهذا يتضح اختلاف طبيعة الضمان التى ينبغى أن تتوافر فى البنوك الإسلامية؛ لأنها يجب أن تلائم طبيعة المخاطر التى تتعرض هذه البنوك لها، حتى تعمل على الحد من هذه المخاطر، وتعمل على توفير أكبر قدر من الضمان؛ لاستثمار الموارد الاقتصادية بهذه البنوك، وفيما يلى الحديث عن تلك الضمانات.

ثانيًا: الضمانات التى تأخذها البنوك الإسلامية:

تواجه البنوك الإسلامية - فضلا عما تواجهه من أخطار تشترك فى مواجهتها مع البنوك العادية - أخطارًا تتطلب منها أن تدرس بعناية العمليات التى تلائمها، وتتابع تنفيذها بدقة شديدة، وأن تعمل بكفاءة عالية خلال هذا كله، وهو ما يتطلب كذلك اختيار نوعية العاملين بها.

وحتى يتحقق المرجو ينبغى لهذه البنوك أن تختار كذلك نوعية المستثمرين للبنك فى العمليات الاستثمارية المختلفة، وهذا ما يتطلب ضرورة العمل على دراسة

واختيار العميل الملائم بطريقة جادة وعملية.

وبعد ذلك لها أن تستوثق بالضمانات العينية والشخصية والفنية اللازمة لها؛ كما هو الحال فى البنوك العادية؛ إلا أن هذه الضمانات فى البنوك العادية هى الضمانات الأساسية، بل تكاد تكون كل ما يلزم من ضمانات، بخلاف هاهنا، فإنها مجرد ضمانات ثانوية؛ مما يسوغ لنا القول بأن الضمانات التى تحتاج إليها البنوك الإسلامية، لنجاح عملياتها الاستثمارية تنقسم إلى نوعين:

أساسية: وهى الضمانات الخاصة بالعملية الاستثمارية والعميل.

وضمانات فرعية، أو ثانوية، أو تكميلية، وهى الضمانات العينية والشخصية والفنية.

فالضمانات الأساسية المتعلقة بالعملية الاستثمارية، هى اختيار العملية الملائمة، التى تتوفر لها أكبر عوامل وفرص النجاح، وتقديم دراسات شاملة ودقيقة للمشروع، تلم بجميع جوانبه، ولا تغفل زاوية من زواياه، مهما كانت دقيقة؛ «فمعظم النار من مستصغر الشرر»، سواء فى ذلك أكان المصرف هو القائم بالعملية بمفرده أو كان قائمًا بها بالاشتراك مع غيره من العملاء.

أما الضمانات الخاصة بالعميل، فهى - أيضًا - من الأهمية بمكان كبير؛ إذ يتوقف نجاح كثير من المشروعات التى تقوم بها البنوك على نوعية العميل المشارك فى العملية الاستثمارية، خاصة إذا ما كان الأسلوب المتبع فيها هو المضاربة أو المشاركة؛ لذلك ينبغى للبنك الإسلامى أن ينتقى عملاءه ممن تتوفر فيهم الكفاءة الأخلاقية؛ بأن يتمتعوا بسمعة طيبة ويكونوا من ذوى الأمانة والسلوك الاجتماعى القويم.

كذلك يتوفر فيهم الكفاءة العملية؛ بأن يكونوا ممن يحسنون إدارة المشروعات ومتابعة الأعمال، وممن لهم خبرة بنوعية المشروع المستثمر.

وقبل هذا وذاك - أعنى: الكفاءة العملية، والأخلاقية - لابد من توفر الكفاءة المادية؛ بأن يكون العميل ذا مركز مالى موثوق منه بألا يكون معسرًا أو على وشك التفليس؛ مما يجعله يخل بالتزاماته المادية تجاه المشروع.

ثم نأتى إلى الضمانات الثانوية، فنقول: إن أخذ الضمان العينى أو الشخصى يختلف الهدف منه فى البنوك الإسلامية عنه فى البنوك العادية، فإن البنك العادى

يتشبث بها؛ للوصول إلى أصل المال المقترض وما يتبعه من أرباح عند عدم التزام العميل بالسداد.

أما البنوك الإسلامية، فهى إن أخذت ضمانات عينية وشخصية، فإنها لا تأخذها لاسترداد أصل المال؛ لأن المستثمر هاهنا شريك وليس بمقترض، وإنما تكون فائدة الضمانات العينية والشخصية هى مجرد احتياط ضد تقصير العميل تجاه العملية الاستثمارية أو عدم التزامه بالشروط المتفق عليها؛ فالمعول الأساسى فى استثمارات البنوك الإسلامية هو حصول الربح وتوقى الخسارة، وهذا يكون بالضمانات الأساسية المذكورة آنفًا، ولا دخل للضمانات العينية والشخصية فى نجاح المشروع أو فشله، إلا باعتبارها حافزًا للعميل على الاجتهاد والاهتمام من أجل نجاح المشروع، والوفاء بما قد تم الاتفاق عليه من شروط، لذا قلنا: إن الضمانات العينية والشخصية فى استثمارات البنوك الإسلامية، هى ضمانات ثانوية، وليست أساسية.

وأخيرًا: فإنه بقدر دقة البنك الإسلامى فى الأخذ بهذه الضمانات، تزداد احتمالات ربحه ونجاح مشاريعه واستثماراته، وبقدر إهماله فيها تزداد احتمالات خسارته وفشل مشاريعه واستثماراته.

وتجدر الإشارة إلى أنه: ينبغى أن تعمل البنوك الإسلامية بكفاءة عالية، وأن تتابع خطوات مشاريعها بمنتهى الدقة؛ حتى لا ينسب الفشل الذى قد يصيبها إلى المنهج الإسلامى فى التعاملات المالية؛ لأن الخسارة فى أى مؤسسة غالبًا ما ينسب إلى المنهج الذى تتبناه تلك المؤسسة، وهو ما لا نتمناه ولا نرضاه للبنوك الإسلامية التى تبنت منهج الإسلام فى التعامل، فأكرم به، ثم أكرم به من منهج!! به صلاح العباد فى دنياهم وأخراهم، والله الموفق.

الخدمات المصرفية وصلتها بالضمان

تتنوع الخدمات التى تؤديها البنوك لعملائها، فالبنك يقوم بقبول الودائع، وإجراء التحاويل: محلية كانت أو خارجية، ويقوم بتحصيل الأوراق التجارية، إضافة إلى الخدمات البنكية التى تتعلق بالأوراق المالية من بيع وشراء العملات الأجنبية وتأجير الخزائن.

وإلى جانب هذا كله يقوم البنك بفتح الاعتمادات المستندية، وإصدار خطابات

الضمان.

وهذه الأخيرة - أعنى: إصدار خطابات الضمان - شديدة الصلة بموضوع الضمان، الذى هو أساس حديثنا؛ لذا فسنخصها بحديث مستقل فيما بعد، إن شاء الله تعالى.

أما حديثنا الآن فسيكون عن بقية الخدمات المشار إليها، وعما يمكن أن يتناسب منها مع طبيعة البنوك الإسلامية، وما لا يتناسب معها، وعلاقة هذه الخدمات بموضوع الضمان.

فمن الطبعى أن تكون البنوك الإسلامية حريصة على تقديم الخدمات المصرفية التى تقدمها البنوك العادية، لكن بشرط ألا تخالف فى ذلك الأحكام الشرعية؛ ومن ثم فإن بعضا من الخدمات المصرفية يتناسب وطبيعة البنوك الإسلامية، وبعضا منها لا يتناسب معها، ويتضح ذلك مما يلى:

يمكن تقسيم الخدمات التى تقدمها البنوك - والمشار إليها آنفًا - إلى قسمين رئيسيين:

الأول: خدمات تشتمل على تقديم تسهيلات مصرفيه، وتتمثل هذه الخدمات بصفة خاصة فى إصدار خطابات الضمان، وفتح الاعتمادات المستندية.

الثانى: خدمات لا تشتمل على تقديم تسهيلات مصرفية: كإجراء التحاويل، وقبول الودائع... إلخ.

وفيما يلى نبذة مختصرة عن خدمات كل من القسمين:

أ - الخدمات التى تشتمل على تقديم تسهيلات مصرفية:

١ - إصدار خطابات الضمان:

هذا النوع من الخدمات سوف نخصه بحديث موسع مستقل - كما أشرنا منذ قليل - لكننا هنا سنعطى إشارة موجزة إليها بما تقتضيه طبيعة الموضوع هاهنا:

فخطاب الضمان: هو تعهد يصدره البنك؛ بناء على طلب العميل، ويقدم إلى شخص - أو جهة - ما يفيد تعهد البنك بدفع مبلغ معين من المال إلى ذلك الشخص - أو الجهة - نيابة عن العميل، عند عدم وفاء العميل بالتزاماته مع ذلك الشخص أو الجهة.

ويتطلب خطاب الضمان غطاء ماليًا يودعه العميل بالبنك الصادر منه العطاء؛

يكون بمثابة ضمان لحق البنك فى حالة قيامه بدفع قيمة خطاب الضمان عن العميل، وتتوقف نسبة هذا الغطاء على مدى ثقة البنك بالعميل، كما يمكن أن يكون غطاء نقديًا أو متمثلا فى صورة بضائع أو أوراق مالية.

ويتقاضى البنك عمولة من العميل مقابل هذا الضمان، الذى يلزم البنك بتحمل مخاطر الوفاء بالمبلغ المضمون.

وبهذا يتضح أن إصدار خطابات الضمان كنوع من أنواع الخدمات المصرفية، يمكن للبنوك الإسلامية القيام به دون مخالفة شرعية؛ إذ مدار هذه الخدمة حول عقد «الكفالة» أو «الوكالة» فى الفقه الإسلامى؛ فيجوز للبنك أن يضمن من شاء من عملائه، وله أن يتقاضى منهم عمولة مقابل هذه الخدمة، وله - أيضًا - أن يحتاط لنفسه بأخذ الغطاء المادى المناسب لهذا الضمان. والله أعلم.

٢ - الاعتمادات المستندية:

هى خدمة يؤديها البنك، يستفيد منها العميل فى تمويل التجارة الخارجية؛ حيث يقوم البنك بإصدار تعهد كتابى؛ بناء على طلب العميل - المستورد - لصالح المُصَدِّر، بأن يقوم البنك بدفع المبالغ التى يستحقها المصدر ثمنًا للبضاعة التى يوردها إلى العميل - المستورد - متى قَدَّم المصدر المستندات المتعلقة بهذه البضاعة وشحنها؛ بشرط أن تكون هذه المستندات مطابقة لشروط الاعتماد.

فمثلا: إذا أراد رجل أعمال استيراد سلعة معينة من جهة معروفة، فإنه يذهب إلى البنك الذى يتعامل معه، ويعطيه البيانات الكافية عن العملية، فيتخذ البنك الإجراءات اللازمة، ثم يتصل بهذه الجهة المصدرة فى الخارج، ويفحص المستندات؛ ليتأكد من مطابقتها لبيانات فاتح الاعتماد، ثم يدفع المبلغ المطلوب ويتسلم المستندات الخاصة بالبضاعة المستوردة والشحن ويقوم بتسليمها للمستورد؛ حتى يستطيع أن يتسلم سلعته بها.

وقد تكون هذه الاعتمادات مغطاة ماليا غطاء كليًا، بمعنى: أن يودع العميل فاتح الاعتماد بالبنك مانح الاعتماد ودائع بقيمة هذا الاعتماد، وفى هذه الحالة يكون البنك وكيلا عن فاتح الاعتماد، وتكون العمولة التى يتقاضاها البنك من العميل مقابل هذه الخدمة بمثابة الأجر عن الوكالة.

وقد تكون هذه الاعتمادات مغطاة جزئيًا أو غير مغطاة بالمرة، وفى هذه الحالة

يكون البنك ضامنًا لفاتح الاعتماد، وتكون العمولة التى يتقاضاها حينئذ بمثابة الأجر مقابل الضمان.

وإذا كان للعميل بالبنك - فاتح الاعتماد - حساب جار أو ودائع استثمارية، فإن البنك يقبل جعلها غطاء نقديًا للاعتماد، على أن ينص على ذلك فى التعاقد، مع استمرار ودائع العميل الاستثمارية فى الأرباح.

وعلى كل: فإن على العميل أن يسدد للبنك فاتح الاعتماد قيمة هذا الاعتماد، والنفقات والعمولة المستحقة له، وإن لم يقم العميل بالتسديد، استولى البنك على السلعة المستوردة؛ لسداد حقه، فى حالة عدم وجود الغطاء النقدى.

وقد سبق أن ذكرنا أن التكييف الشرعى لهذه الاعتمادات المستندية يدور حول الوكالة أو الضمان - إلا أن التكييف القانونى لها بالنسبة للصورة المطبقة فى البنوك العادية: أنها عملية قرض بفائدة، حيث يقوم البنك المراسل بإقراض البنك المحلى قيمة البضاعة المرسلة ويحسب عليها فوائد حتى تصل إليه قيمة الاعتماد، وهى صورة مرفوضة شرعًا فى البنوك الإسلامية؛ لذا فإن التكييف فيها يتم وفق صورة أخرى فى إطار نظام المشاركة أو الوكالة مع العميل. والله أعلم.

ب - الخدمات التى لا تشتمل على تقديم تسهيلات مصرفية:

١ - التحويلات:

وهى إما داخلية أو خارجية، وهى عملية يتمثل دور البنك فيها فى نقل النقود أو الأرصدة من حساب أو بنك أو بلد، إلى حساب آخر أو بنك أو بلد، وما قد يتبع ذلك من تبديل العملات المحلية بأخرى أجنبية أو العكس أو تبديل عملة أجنبية بعملة أجنبية أخرى.

وهذا النوع من الخدمات مقبول شرعًا فى حالة التحويلات الداخلية؛ على اعتبار أنها وكالة بأجر، وهى جائزة شرعًا.

أما التحويلات الخارجية، فهى مثار خلاف؛ لأن وجود التفاضل بين العملات المختلفة يقتضى ضرورة التقابض فى مجلس العقد؛ حتى يجوز التبادل فى وجود هذا التفاضل، وهذا لا يتوفر فى التحويلات الخارجية.

٢ - تحصيل الأوراق التجارية:

هى خدمة يكون فيها البنك وكيلا لعميله فى جمع أمواله التى تتمثل فى أوراق

تجارية من: شيكات، أو كمبيالات، أو سندات إذنية، من المدينين بها للعميل.

وعلى هذا فإنها تكون خدمة جائزة شرعًا من باب الوكالة بأجر.

٣ - الخدمات المتعلقة بالأوراق المالية (الأسهم والسندات):

تتنوع هذه الخدمات، فتشتمل على حفظ الأوراق المالية وبيعها وشرائها، وتأجير الخزائن الحديدية لحفظها، ثم إن السندات يعتبر التعامل بها بمثابة قرض ربوى بفائدة ثابتة؛ فتحرم شرعًا، ولا تدخل ضمن أنشطة البنوك الإسلامية.

أما الأسهم: فهى مشاركة من صاحبها فى رأس مال الشركة بقيمة هذه الأسهم، فيتوقف جوازها الشرعى على طبيعة معاملات هذه الشركة: فإن كانت جائزة شرعًا فهى جائزة، وإلا فلا.

وعليه: فإن بيع وشراء الأوراق المالية يكون جائز شرعًا بالنسبة للأسهم؛ على اعتبار أنه وكالة بأجر، يصبح فيها البنك وكيلا للعميل فى بيع وشراء الأسهم الخاصة به.

أما السندات فلا يجوز بيعها وشراؤها؛ لما سبق أن ذكرناه من دخول الربا فيها.

أما بيع وشراء العملات الأجنبية فإنه جائز شرعًا بشرط أن يكون التقابض منجزًا، أى: حالا يدًا بيد؛ لاختلاف الجنس فيها.

أما حفظ الأوراق المالية داخل البنوك، فهو جائز شرعًا؛ على اعتبار: أنها وديعة بأجر.

وكذلك من الجائز شرعًا تأجير الخزائن الحديدية التى يعدها البنك لحفظ الوثائق والمستندات الهامة والسرية ولحفظ النقود والمجوهرات والأشياء الثمينة؛ على اعتبار أنه عقد إيجار، يقوم فيه البنك بإعطاء العميل الحق باستخدام الخزينة كيفما شاء؛ فله أن يودع فيها ما يريد، دون اشتراط علم البنك وتكون هذه الخزينة تحت حراسة البنك مقابل الأجر المحدد.

ويرى البعض أن تأجير الخزائن لا يعتبر عقد إيجار؛ لأنها خدمة غاية ما فيها حفظ الأشياء؛ فلا استئجار فيها حينئذ، وإنما يكون التكييف الشرعى لعملية تأجير الخزائن - عند أصحاب هذا الرأى - أنها عقد وديعة. إلا أننا نميل إلى ما ذكرناه من أنها عقد إيجار؛ لأن عقد الوديعة لا يجوز مع الجهالة، وقد سبق أن ذكرنا أن من حق العميل أن يودع فى الخزينة المستأجرة ما شاء دون علم البنك، كما يجوز له أن

يستأجرها ويتركها فارغة؛ وبهذا يكون نوع ومقدار ومواصفات الوديعة مجهولا؛ وهذا لا يجوز، والله أعلم.

أثر قضية الضمان فى التجربة العملية للبنوك الإسلامية

اتضح مما سبق أن قضية الضمان تمس النشاط البنكى من محورين:

الأول: رغبة المودع فى ضمان ودائعه.

الثانى: ضرورة توفر الضمانات المناسبة للبنك عند دخوله فى مشاريع استثمارية مع العملاء.

وقد انعكس هذا على التجربة العملية للبنوك الإسلامية، فأحدث فجوة بين الأصول النظرية المفترضة لتعاملات هذه البنوك وبين الواقع التطبيقى العملى لهذه التعاملات:

فبالنسبة للمحور الأول: وهو رغبة المودع فى ضمان ودائعه: فإن الإطار النظرى للعلاقة بين المستثمر - المودع - والبنك الإسلامى يقوم على مبدأ المضاربة بمعنى أن البنك لا يضمن الودائع عند وجود خسائر - كما سبق تقريره - وهذا يعنى: أن يكون المستثمر - المودع - ذا استعداد للمخاطرة بأمواله متوقعًا للمكسب والخسارة، وذلك فى الغالب غير متوافر لدى أرباب الأموال؛ مما يجعلهم يميلون إلى التعامل مع البنوك العادية؛ لتوفر الضمان فيها؛ مما أجبر البنوك الإسلامية على صياغة أنظمة ودائعها بصورة تكاد تقترب مما عليه نظام الودائع فى البنوك الربوية؛ حتى تعطى للمودعين نفس المميزات التى ينالونها لدى تلك البنوك.

ومن المؤكد أن هذا سيؤدى إلى انحراف فى مسيرة البنوك الإسلامية؛ لاختلاف طبيعة الاستثمارات فى هذه البنوك عنها فى البنوك العادية التى تحكم العلاقة بينها وبين المدين علاقة «الإقراض» أى: الدائن بالمدين؛ كما سبق تقريره.

وقد تمثل هذا الانحراف فى عجز البنوك الإسلامية عن الدخول فى مجالات الاستثمار التى تناسبها، ولجأت إلى المشروعات التى تتميز بارتفاع عامل الضمان، معتمدة بصورة أساسية على أسلوب المرابحة فى استثماراتها؛ لانخفاض المخاطر فى العمليات المنفذة من خلال هذا الأسلوب وارتفاع عامل الضمان فيها، وسهولة

إجراءاته ونظم تطبيقه، إضافة إلى أن هامش الربح فيها يكون محددًا مسبقًا ومعروفًا مقداره.

وأدى هذا بالطبع إلى الابتعاد عن الاستثمارات التى تعتمد على المضاربة أو المشاركة أو الاستثمار المباشر.

وقد نتج عن اتجاه البنوك الإسلامية لإعطاء المودعين بها نفس المميزات التى ينالها المودع فى البنك العادى أن سمحت هذه البنوك للمودعين بسحب ودائعهم فى آجال قريبة، كما منحتهم الحق فى الحصول على عوائد دورية، خلال فترات زمنية قصيرة، قد تصل إلى ثلاثة أشهر، وأحيانًا إلى شهر واحد.

وهذا - بطبيعة الحال - لا يتناسب مع النشاط الاستثمارى فى البنوك الإسلامية؛ حيث إنه كان من المفترض حسب الإطار النظرى لسير هذه البنوك أن تستثمر الودائع فى مشاريع حقيقية تصبح الودائع هى رأس مال هذه المشاريع، فلا يمكن تصفيتها فى آجال قصيرة، وكذلك لا ينتظر أن تؤدى عوائد فى فترات زمنية قريبة.

وذاك انحراف آخر فى مسيرة البنوك الإسلامية أدى إلى تركيز عملياتها فى الاستثمارات قصيرة الأجل.

فأما المحور الثانى: وهو الضمانات التى يحتاج إليها البنك لاستثماراته:

فقد سبق أن ذكرنا: أن الضمانات التى تحتاج إليها البنوك الإسلامية لنجاح عملياتها الاستثمارية - تنقسم إلى قسمين:

الأول: ضمانات أساسية تتمثل فى محورين:

أولهما: العميل الكفء: عمليا وأخلاقيًا وماديًا.

ثانيهما: متعلق بالبنك من حيث دراسته للعملية الاستثمارية واختياره للعملية الملائمة ومتابعته لخطوات سيرها... إلخ.

الثانى: ضمانات ثانوية تتمثل فى الضمانات الشخصية والعينية فهل كان الأمر عند سير التجربة العملية للبنوك الإسلامية متماشيًا مع هذا الإطار النظرى أم أن هناك انحرافًا قد حدث؟ هذا ما سنجيب عنه فى السطور التالية.

إن الناظر فى تجربة البنوك الإسلامية يجد أنها قد اعتمدت بصورة أساسية على الضمانات الثانوية، بمعنى: أن ما كان مفترضًا أن يكون ثانويًا من الضمانات الشخصية والعينية، قد أصبح هو الأساس فى الضمان لدى البنوك الإسلامية، كما

هو الحال لدى البنوك العادية؛ لسببين رئيسيين:

الأول: عدم توفر العميل الكفء.

الثانى: عدم توفر جهاز استثمارى كفء يقوم بدراسة واختيار وتقييم وتنفيذ العمليات الاستثمارية.

أما السبب الأول: فإنه إن أمكن توفر عميل يتميز بمستوى مادى مناسب يمكنه من عدم التقصير فى تمويل المشروع الاستثمارى المشارك فيه، وكذلك إن أمكن توفير الخبرة العملية بإدارة هذا المشروع وخط سيره - فإنه قد أثبتت التجربة العملية للبنوك الإسلامية صعوبة توفر عميل كفء من الناحية الأخلاقية؛ فإن معظم العملاء الذين شهدتهم تجارب هذه البنوك يعتبرون نماذج لعدم الالتزام ولعدم الأمانة والتعدى على حقوق البنك؛ فتجد العملاء يتلاعبون بالإيرادات، ويماطلون فى الالتزامات، ويتأخرون فى المواعيد، ويستبيحون الأموال، ويزورون الوثائق والفواتير والمستندات، ويخفون الأرباح والمعلومات، ويدلسون المصروفات... إلى غير ذلك من الأمراض الاجتماعية الكثيرة المنتشرة فى مجال المعاملات.

أما السبب الثانى: وهو عدم توفر جهاز استثمارى كفء، فإنه كان يلزم لكى يتوفر هذا الجهاز أن تتوفر له أنظمة عمل وأساليب جديدة تمكنه من دراسة المشروعات دراسة علمية متأنية ومتقنة وتتيح له عمل دراسات جدوى ابتدائية ونهائية، للتأكد من سلامة هذه المشروعات، وتسمح له بالتقويم الدقيق لها؛ للتوصل إلى مدى قدرتها على تحقيق الأهداف المطلوبة منها، ثم بعد ذلك كان لابد من توفر الكوادر، التى تضطلع بمهمة تنفيذ المشروع، لكن هذه الكوادر وتلك الأنظمة والأساليب لم تتوفر للبنوك الإسلامية، بل إن كثيرًا من أساليب العمل التى وضعت نظريًا قبل نشأة هذه البنوك، لم تستطع مواجهة التطبيق الواقعى، فسقطت وفقدت فاعليتها.

وقد كان يلزم لوجود هذا الجهاز الاستثمارى الكفء أن يتوفر له - أيضًا - عناصر بشرية، تمتلك من القدرة الإدارية والفنية ما يؤهلها لخوض هذا النشاط الاقتصادى الجديد فى البنوك الإسلامية؛ فتكون على علم بالأحكام الشرعية التى تحكم التعاملات فى هذه البنوك، كما يكون لديها القدرة العقلية الابتكارية، والمهارات الاستثمارية والتسويقية، إلى جانب الخبرات السابقة فى نفس المجال أو مجال قريب منه. لكن هذه العناصر البشرية أيضًا لم تكن متوفرة لهذه البنوك.

ومن ناحية ثالثة: كان ينبغى - لكى يتوفر الجهاز الاستثمارى الكفء فى البنوك الإسلامية - أن يتمتع هذا الجهاز بأجهزة معاونة عديدة للإحصاء والمعلومات والتسويق... إلخ. لكن هذه الأجهزة أيضًا لم تتكامل للبنوك الإسلامية.

كل هذا أدى إلى حرمان البنوك الإسلامية من جهاز كفء يتولى دراسة المشروعات وتقييمها وتنفيذها، ولعل أساس المشكلة هاهنا يرجع إلى حداثة نشأة هذه البنوك، وبالتالى لم تتوافر العناصر البشرية التى تمتلك الخبرة فى العمل فى مثل هذه البنوك؛ مما أدى إلى أن تعتمد البنوك الإسلامية على عناصر بشرية مدربة وفق طريقة البنوك العادية، والتى تشبعت بنظم عملها وتقاليدها وممارساتها ولهذا لم تستطع هذه العناصر أن تتجاوب مع متغيرات تقاليد وممارسات ونظم عمل البنوك الإسلامية، بوصفها نظمًا جديدة لم تعتد تلك العناصر العمل وفق مناهجها وأساليبها.

كما أن نظم العمل نفسها لا يمكن الاعتماد فيها على الناحية النظرية البحتة، بعيدًا عن الممارسة العملية؛ لذلك فإن حداثة نشأة البنوك الإسلامية كانت هى أيضًا أساس مشكلة عدم توفر نظم العمل المناسبة وأساليبه ومناهجه المنضبطة؛ إذ كان يلزم أن تمضى فترة من التطبيق العملى تتمكن فيها هذه البنوك من ابتكار الأساليب والأنظمة التى تلائمها.

هذان هما السببان اللذان أديا إلى أن تتجه البنوك الإسلامية إلى الأخذ بالضمانات الشخصية والعينية فى مشاريعها الاستثمارية؛ ونتيجة لهذا تحولت البنوك الإسلامية من تمويل غير القادرين إلى تمويل القادرين؛ لأن غير القادرين لا يستطيعون تقديم الضمانات العينية المطلوبة؛ فتحولت البنوك الإسلامية إلى تمويل القادرين على تقديم تلك الضمانات من الأغنياء الأثرياء والشركات والمنظمات الكبرى، فى حين كان المأمول منها والمرتجى من ورائها أن تكون علاجًا لمشكلتى الفقر والبطالة عن طريق تمويل غير القادرين ماديًا والذين يمتلكون الخبرات والقدرات العملية والاستثمارية؛ فترفع من مستوياتهم وتنقلهم من طبقة البطالة والعاطلين إلى طبقة المنتجين، وتنتشلهم من ذل الفقر إلى عز الملك. لكن شيئًا من هذا لم يحدث!

وقد أدى عدم توفر العناصر البشرية المدربة على العمل بالبنوك الإسلامية - بجانب ما سبق أن ذكرناه من تأثير مشكلة الضمان - إلى أن تتجه هذه البنوك إلى

العمل بأسلوب المرابحة مبتعدة عن أسلوب المضاربة، والمشاركة، والاستثمار المباشر؛ لأن أسلوب المرابحة يتسم بسهولة فى إجراءاته ونظم تطبيقه بالنسبة للعاملين؛ لاقتراب هذه الإجراءات والنظم من الأساليب التى اعتادوا العمل عليها لفترات طويلة من قبل فى البنوك العادية، وذلك بعكس أساليب المضاربة، والمشاركة التى تحكمها قاعدة «الغرم بالغنم» بما يعنى تحمل البنك - ممثلا فى العاملين به - لكثير من المسئوليات والأعمال الخاصة بدراسة المشروع والعناية بتنفيذه واختيار العميل المشارك أو المضارب فيه. . . إلى آخر هذه الأمور؛ مخافة المخاطر التى تتعرض لها المشاريع المعتمدة على تلك الأساليب والتى يتحمل البنك جزءًا من الخسائر التى قد تحدث فيها.

ولتجنب المخاطر - أيضًا - وعدم توفر العناصر البشرية التى لديها قدرة متابعة المشاريع ذات الأجل الطويل - إضافة إلى ما سبق أن ذكرناه من سماح البنوك الإسلامية لعملائها بسحب ودائعهم فى فترات زمنية قصيرة، والسماح لهم بتقاضى عوائد مادية خلال مدة زمنية يسيرة - لأجل هذا كله ركزت البنوك الإسلامية على المشاريع قصيرة الأجل، كما فضلت الاستثمار فى المجال التجارى على المجالين: الزراعى، والصناعى.

وبهذا يتضح أن من اللازم - إذا أردنا للبنوك الإسلامية أن تنجح تجربتها فى استثماراتها - توفر الوسائل والنظم والأساليب العلمية الحديثة لاختيار العميل الملائم؛ الذى تتوافر به الصفات الخاصة، والضرورية لنجاح العمليات الاستثمارية، وذلك لما يمثله العميل الملائم من عنصر أساسى، ومهم لضمان نجاح هذه الاستثمارات؛ لأنه بدون توافر هذه الوسائل والنظم والأساليب العلمية التى تمكن من تحقيق ذلك، وبدون توافر العناصر البشرية القادرة المدربة بكفاءة عالية تصبح قرارات هذه البنوك معرضة للخطأ بنسبة عالية؛ وبهذا تكون استثماراتها مهددة بالخسارة، وهو ما لا نرضاه للبنوك الإسلامية، التى نعمل - كباحثين مسلمين - على إنجاح تجربتها.

ولن تتحقق هذه الأمور إلا بتكاتف الدولة مع هذه البنوك؛ ليعملا سويًا على إيجاد نوعية صحيحة بنشاطات هذه البنوك وزيادة الوازع الدينى؛ للابتعاد عن التعاملات الربوية، والإقبال على التعاملات المالية الإسلامية الصحيحة، فتقوم

البنوك بتوفير ما تستطيعه من ندوات ودعاة وإصدار كتب تزيد وعى الجمهور بهذه الأمور، كما تقوم الدولة بتسخير إعلامها: إذاعة، وتلفزيونًا، وصحافة - لخدمة هذه القضية الحيوية فى الاقتصاد الإسلامى، كما تصدر من التشريعات والقوانين ما يتناسب وحركة سير الاستثمارات الشرعية بالبنوك الإسلامية.

كل هذا بغية تغيير البيئة التى تعمل فى إطارها البنوك الإسلامية، والذى يعتبر هذا التغيير شرطًا ضروريًا؛ لإنجاح تجربتها وإكمال مسيرتها.

فبتغيير العقلية المعاصرة وتحويلها من عقلية ربوية إلى عقلية ذات وعى دينى أصيل، لديها الخبرة الكافية بطرق الاستثمار الشرعى من مشاركة ومضاربة ومرابحة، وأيضًا لديها الشخصية السوية المتشبعة بالمبادئ الدينية القويمة، كل هذا يساعد على وجود العميل الملائم المستعد للمخاطرة والمتورع عن أساليب النصب والاحتيال والتزوير والمماطلة التى هى أمراض متفشية بين عملاء البنوك.

وأيضًا: فإنه كى نتغلب على القصور فى الأجهزة الاستثمارية بالبنوك الإسلامية - لابد أن تعتنى هذه البنوك بتنشئة الكوادر البشرية الملائمة لطبيعة هذا النشاط الجديد، عن طريق الاختيار الدقيق للعاملين بها وتدريبهم وفق أحدث الأساليب، وتهيئة المناخ المناسب لاكتساب المهارات والإمكانيات التى تمكنهم من ممارسة هذا النشاط البنكى الجديد.

ولابد من الاهتمام بإدارات الاستعلام داخل البنوك الإسلامية؛ كى يستطيع البنك الحصول على المعلومات الكافية والصحيحة عن عملائه واستثماراته.

* * *

بسم الله الرحمن الرحيم

خطاب الضمان

توطئة:

من المشكلات الحادثة - التى نتجت عن المعاملات المالية - جريان المعاملة بخطابات الضمان لدى البنوك مع المستفيد (شخص اعتبارى أو طبيعى)، إذ تحتاج هذه المشكلة إلى تجلية موقعها من الشريعة الإسلامية المطهرة، وذلك يقتضى إعطاء التصور الكامل لطبيعة خطابات الضمان، وخطواتها الإجرائية، وأنواعها، وما جرى مجرى ذلك من الأشكال التى تسير عليها، ثم دراسة ذلك كله من وجهة الفقه الإسلامى؛ لمحاولة الكشف عن حكم الشرع فيها.

التعريف بخطاب الضمان:

هو تعهد مقيد بزمن محدد، يصدر من البنك بناءً على طلب طرف آخر (العميل)، بدفع مبلغ معين، لأمر جهة أخرى؛ مستفيدة من هذا العميل بالدخول فى مشروع معين بأداء حسن، ويكون البنك هو الضامن لهذا العميل متى تأخر - أو قصَّر - فى تنفيذ ما التزم به للمستفيد.

أركانه:

يقوم خطاب الضمان البنكى على أربعة أركان، وهى:

١ - البنك: وهو الطرف الضامن الملتزم بما على العميل.

٢ - العميل: وهو الطرف المضمون عنه؛ أى الذى يضمن البنك عنه ما التزم به.

٣ - المستفيد: وهو الطرف المضمون له؛ أى صاحب الحق الذى التزمه الضامن.

٤ - قيمة الضمان: وهى المبلغ المضمون الذى التزم الضامن به عن العميل.

والبنك معروف، والعميل يكون شخصية اعتبارية - شركة أو مؤسسة مثلا - ويكون كذلك شخصًا مسئولا، مقاولا مثلا، والمستفيد يكون غالبًا شخصية اعتبارية.

طريقة إصدار خطاب الضمان:

يقدم طالب خطاب الضمان طلبًا للبنك، يحدد فيه مبلغ الضمان، ومدته، والجهة المستفيدة، والغرض من الضمان، ويجب أن تكون لدى البنك - قبل إصداره لهذا

الضمان - القناعة بأن كفاءة العميل المالية والمعنوية من حيث سمعته فى معاملاته المالية - كفيلة بالوفاء بالتزامه؛ فيما إذا طلب منه دفع قيمة الضمان.

وإذا كان مبلغ الضمان كبيرًا؛ فإن البنك يطلب - عادة - تأمينات؛ لقاء ذلك، مثل: الرهون العقارية، أو الأسهم، أو أوراق مالية يودعها العميل لدى البنك مع خطاب منه بالتنازل عنها إذا اقتضى الأمر ذلك، وهذه الأوراق المالية يمكن تحويلها إلى نقد فى مثل هذه الظروف.

والبنك - إضافة إلى ذلك كله يحتفظ - عادة - بتأمينات نقدية يودعها العميل بنسبة - حوالى - خمسة وعشرين بالمائة من قيمة الضمان، وقد تزيد هذه النسبة أو تقل تبعًا لمركز العميل المالى أو المعنوى، وتبعًا لطبيعة المشروع الذى قدم الضمان من أجله، وبعد ذلك كله يقوم البنك بإصدار الضمان.

أهمية خطاب الضمان وفائدته:

تتمثل أهمية خطاب الضمان والفائدة الحاصلة منه فى حماية المستفيد - وهو الشخص المضمون له - لضمان تنفيذ المشاريع، أو تأمين المشتريات، وفق شروطها ومواصفاتها وفى أوقاتها المحددة، وبذلك يتوفر الضمان للمستفيد عن أى تقصير تنفيذى أو زمنى من العميل. وحين لا يقبل البنك - فى إصدار خطابات الضمان - إلا من تتوفر فى خصوصه إمكانية القيام بالعمل المقصود، وقدرته المالية والمعنوية عليه، تتحقق فائدة أخرى؛ إذ لا يدخل فى المشاريع والمناقصات إلا شخص - أو هيئة - تتحقق لديه القدرة على الوفاء بما التزم به.

وخطابات الضمان البنكية تعمل - من غير شكٍّ - على توفير الثقة بين المتعاملين فى أسواق السلع، والخدمات؛ سواء على المستوى المحلى، أو على المستوى العالمى، وتساعد كذلك على حسن انتظام الأعمال، وتجنب أية أعطال تعتورها، وتتفادى المعوقات التى قد ترتبط بتأخير العمل، وذلك يؤدى إلى تدفق الأموال لأغراض الاستثمار، فى الكثير من مجالات النشاط الاقتصادى، إضافة إلى مستلزمات الإنتاج، والمواد الخام، أو المواد الوسيطة؛ وذلك يضمن انتظام دورات التشغيل فى المصانع.

ويمكن لبعض الجهات أن تشترط الحصول على خطاب ضمان لأداء الأعمال؛ وذلك بدلا من الحصول على مقدم نقدى، أو تأمين نقدى، وفى هذه الحالة يكون

خطاب الضمان صالحًا كبديل عن النقود؛ إذ يحصل المستفيد من خطاب الضمان على مستحقاته من البنك إذا وجد أن العميل لم يوفِ بالتزاماته له؛ فى حدود المبلغ المعين فى خطاب الضمان.

كما يمكن -فى حالات أخرى - أن يطلب المستفيد من البنك إصدار خطاب ضمان؛، لتقديمه إلى مصلحة الضرائب؛ باعتباره واحدًا من المستندات المطلوبة؛ حتى توافق مصلحة الضرائب على تقسيط مبلغ الضرائب المستحق على هذا العميل، وبذلك يكون البنك هو الكفيل لهذا العميل أمام مصلحة الضرائب، وكذلك يلتزم البنك بالسداد إن لم يقم العميل بسداد الضرائب المستحقة عليه للمصلحة.

كما يمكن أن يكون هذا العميل أجنبيًّا ويستعد لمغادرة البلاد مثلا، وهو مدين لمصلحة الضرائب، وفى هذه الحالة يمكن لهذا العميل أن يقدم خطاب ضمان إلى مصلحة الضرائب بقيمة مبلغ الضرائب المستحق على هذا العميل، وبذلك يُسَهِّلُ خطاب الضمان الإجراءات الإدارية، كما يؤدى إلى تهيئة المناخ الاستثمارى فى صورة أفضل مع حماية حقوق خزانة الدولة العامة فى آن واحد.

ومما يؤكد أن خطاب الضمان يؤدى إلى منع الضرر - أنه إن لم يوف العميل للمستفيد بالمبلغ المستحق على العميل فإن المستفيد يحصل على قيمة خطاب الضمان، وبذلك تمنع الخسائر التى يمكن أن تلحق بالمتعاملين، وهذا ما يُطَمْئِنُ المتعاملين على حقوقهم المالية، وبذلك يستقر وضع النشاط الاقتصادى، وتزدهر حركة التجارة الداخلية والخارجية على السواء.

وجدير بالذكر أن البنك لا يتحمل أية خسارات؛ إذ تكون لديه ضمانات على العميل، ومعظم البنوك قد أصبح عندها آليات لدراسات الجدوى الاقتصادية، واستشرافات للتنبؤ، ودراسة احتمالات الحظر بالنسبة لأموال البنوك.

وليس من نافلة الذكر كذلك أن خطاب الضمان البنكى يسهم فى تحقيق التكافل بين أفراد المجتمع، حين يتم تقديم خطاب الضمان عن رضا وهناءة نفس من غير انتظار مقابل.

وبذلك تتضح أهمية خطابات الضمان البنكية، وتبرز فائدتها.

وهذه الأهمية تؤهّل خطاب الضمان البنكى لوضعه فى مصافّ المسائل المهمة المحتاجة للدراسة الوافية، وفى مقدمة المشكلات التى لابد أن يتصدى لها الباحثون

بالدراسة، ويتوفروا عليها بالبحث؛ وذلك لتكييفها تكييفًا شرعيًا صحيحًا، حسبما يتوافق مع المقاصد الشرعية الحاكمة، والمصلحة الشرعية المتوخاة، وذلك بغية كل باحث جاد.

صور خطاب الضمان البنكى

لخطاب الضمان البنكى ثلاث صور رئيسية، وهى:

الصورة الأولى: خطاب الضمان الابتدائى:

ويكون هذا الخطاب مقابلا للدخول فى مناقصات أو مشاريع، ويكون مبلغ الضمان مساويًا - تقريبًا - لقيمة (١%) (واحد بالمائة) من قيمة المناقصة فى أغلب هذه الخطابات، ويكون سارى المفعول لمدة معينة (تكون عادة ثلاثة أشهر).

وهذا التعهد البنكى - وهو خطاب الضمان الابتدائى - يقدمه العميل للمستفيد؛ ليسمح له بالدخول فى مناقصة المشروع مثلا، فهو بمنزلة تأمين ابتدائى يعطى المستفيد الثقة، ويمنحه الاطمئنان على قدرة العميل على الدخول فى المناقصة، ولا يلغى خطاب الضمان الابتدائى إلا بإعادته بصفة رسمية من الجهة المقدم إليها، وهى المستفيد.

الصورة الثانية: خطاب الضمان النهائى:

ويكون هذا الخطاب مقابل حسن التنفيذ وسلامة الأداء فى العملية - مناقصة أو مشروع ونحو ذلك - ويكون مبلغه بنسبة حوالى (٥%) (خمسة بالمائة) - غالبًا - من قيمة المشروع، ويكون له مدة (تكون غالبًا سنة قابلة للزيادة).

وهذا التعهد البنكى - وهو خطاب الضمان النهائى - يقدمه العميل للمستفيد؛ ليستحق المستفيد الاستيفاء منه عند تخلف العميل عن الوفاء بما التزم به، فهو بمنزلة تأمين نهائى عند الحاجة إليه، ولا يلغى إلا بخطاب رسمى من الطرف المستفيد.

وجدير بالإشارة أن ثمة صورة أخرى يفرد لها البعض نوعًا مستقلا، ولكنها من الممكن إلحاقها بصورة خطاب الضمان النهائى، حتى وإن كانت البنوك تجرى لها شكلا مستقلا، ولا نرى اختلافًا مؤثرًا بينها وبين الصورة الثانية، وهى خطاب الضمان مقابل غطاء كامل لنفقات المشروع أو المناقصة، وتكون فى شكل سلفة يقدمها (العميل) إلى البنك على حساب المشروع مثلا لصالح الطرف المستفيد.

الصورة الثالثة: خطاب ضمان المستندات:

وهو خطاب يقدمه البنك لصالح شركات الشحن مثلا، أو شركات الاستيراد والتصدير - ولذلك يطلق بعض الباحثين[1] على هذه الصورة: «خطابات الضمان الملاحية»، وإن كان ما أسميناها به أشمل وأحكم - وذلك فى حالة وصول البضاعة إلى المكان المحدد: الميناء، أو المطار، وتأخر وصول مستندات البضاعة المستوردة إلى ذلك البنك الذى جرى الاستيراد عن طريقه، فخشية من أن يلحق بالبضاعة تلف؛ نتيجة لبقائها فى جمرك الميناء أو المطار - يكون هذا الضمان تعهدًا من البنك بتسليم مستندات الشحن الخاصة بالبضاعة إلى المسئولين فور وصولها، واستنادًا إلى هذا الضمان يتم تسليم البضاعة للمستورد.

ولإصدار مثل هذا الضمان يقدم العميل المستورد طلبًا بذلك إلى البنك، ويسدد قيمة اعتماد الاستيراد بالكامل - وهى قيمة البضاعة المستوردة - ومن ثم يصدر البنك هذا الخطاب، ويسلمه للعميل الذى يسلمه إلى المسئولين عن ذلك بالميناء.

إذا ثبت هذا: فإنه قد ذهب بعض الفقهاء إلى أن خطابات الضمان صورة من صور الوكالة، ولا ينطبق عليها حكم الكفالة؛ لأن الكفالة تبرع أساسًا، أو قائمة على التبرع، ولا تجوز الكفالة ممن لا يملك التبرع؛ لأن الكفيل يجب أن يكون مؤهلا للتبرع.

أما البنوك؛ فإنها وسيط مالى، وليست من أهل التبرع، تتصرف فى أموال المودعين نيابة عنهم؛ إذ لا يمكن لها التبرع بشىء منها؛ فضلا عن أن البنوك كمؤسسات مصرفية هدفها تحقيق الأرباح. وهو ما يدفع هذه البنوك إلى الحصول على قيمة خطاب الضمان كاملة كغطاء له، مقابل أداء قيمة الخطاب إلى المستفيد؛ إذا ما اضطر البنك إلى ذلك؛ بسبب عدم إبراء ذمة العميل فى خصوص المستفيد، أو بسبب الإخلال بشروط التعاقد بينهما، أو بسبب ظروف مستجدة.

ويمكن لهذه البنوك أن تشترط تنازل العميل عن كافة مستحقاته المالية للبنك

---

(١) إبراهيم مختار، التمويل المصرفى منهاج لاتخاذ القرارات، طبعة مكتبة الأنجلو المصرية، القاهرة ١٩٨٤م ص(١٦٧-١٧٠). حمدى عبد العظيم، خطاب الضمان فى البنوك الإسلامية، طبعة المعهد العالمى للفكر الإسلامى، ضمن سلسلة: دراسات فى الاقتصاد الإسلامى رقم (١٣)، ١٤٠١هـ - ١٩٨١م.

مقابل الحصول على خطابات الضمان، أو الحصول على قروض جديدة، أو أية تسهيلات مصرفية أخرى، وهذا يعتبر - من وجه آخر - غطاء لخطابات الضمان التى تصدرها هذه البنوك.

كما يمكن لهذه البنوك أيضًا أن تشترط على العميل تسديد نسبة مئوية معينة؛ تعتبر تأمينًا نقديًا من قيمة خطاب ضمان الدفعة المقدمة، وتسديد نسبة مئوية أخرى محددة؛ تعتبر تأمينًا نقديًا من قيمة خطاب ضمان تنفيذ الأعمال بشكل مرضٍ، ويعتبر هذا غطاء نقديًا لخطابات الضمان التى تصدرها هذه البنوك.

أما إذا كانت خطابات الضمان صادرة عن البنك لمصلحة مراسل أجنبى؛ فإن هذا البنك يطلب الحصول على ضمان عن طريق البرقيات مثلا؛ ويمكن أن تحمل هذه البرقيات رقمًا سريًا، أو عن طريق خطابات موقعة معتمدة من السلطات فى بلد هذا المراسل.

وجدير بالذكر أن هذه الخطابات الصادرة للمراسلين الأجانب تكون محدودة بحدود مركز المراسل المالى، ونوع خطاب الضمان.

مدى استفادة البنك من خطابات الضمان

يمكن القول إجمالا: إن البنك يستفيد (عمولة) من العميل؛ لقاء ما يصدره له من خطابات ضمان تُسَهِّلُ له إجراءاته، ولقاء ما يعرِّض هذا البنك نفسه إلى (مخاطرة) التسديد بدلا عن العميل إذا لم يوف هذا العميل بسداد قيمة خطاب الضمان، وإن كانت البنوك قد تنبهت -أخيرًا- لذلك؛ فاشترطت أن يؤدى العميل عطاءًا لخطاب الضمان الذى يريده، سواءً كان العميل مواطنًا داخل البلد الموجود به البنك، أو أجنبيًا فى بلد آخر، مع الاحتياط أن يكون ما يرسله العميل الأجنبى - فى حالة إرساله برقيات أو خطابات - موثقًا من سلطات البلد الذى يقيم به هذا العميل.

وتجدر الإشارة إلى أن البنوك تقع فى أخطاء بقدر ما تتساهل فى تغطية قيمة خطابات الضمان التى تصدرها، أو بقدر ما تتغاضى عن الحصول على غطاء لهذه الخطابات من العملاء الذين يكون لهم شهرة وسلطة مثلا، ويعجز هؤلاء العملاء عن تسديد قيمة هذه الخطابات، أو تكون لهم نوايا أخرى غير حميدة بالتملُّص من تسديد هذه الأموال، فى حين لا يكون للبنك سلطة عليهم، فيفر هؤلاء العملاء بما حصلوا عليه من أموال، وتبوء هذه البنوك بالخسارة؛ نتيجة الركون إلى شهرة عميل،

أو نفوذ آخر، أو حصانة ثالث، وغير ذلك مما يؤدى إلى الإضرار بالاقتصاد الوطنى؛ نتيجة تهريب الأموال للبلاد الأجنبية الأخرى.

وهذه الأمور كلها تحتاج إلى دراستها من الوجهة الفنية - أى: الاقتصادية - ليكون الرأى مؤسسًا على معرفة فنية صحيحة بأركان هذا الأمر، وكذلك تحتاج إلى دراستها من الوجهة الشرعية، فى ضوء المقررات الشرعية الحاكمة، والقواعد الشرعية المعتبرة، مع مراعاة المصلحة الشرعية المتوخاة؛ ليكون الرأى الشرعى مؤصلا تأصيلا فقهيًا صائبًا، متوافقًا مع ما تراه العقول السليمة.

وبذلك سنقوم - خلال الصفحات القادمة - ببيان الجوانب الفنية الاقتصادية، والقانونية لخطاب الضمان البنكى، ثم نبين بعد ذلك رأى الشرع من الوجهة الفقهية مؤسسًا على رؤية اقتصادية وقانونية له.

خطاب الضمان من الوجهة القانونية

الأصل فى خطاب الضمان الكفالة؛ لأن صفة الضمان هى الصفة الغالبة على العلاقات المتبادلة بين أطراف خطاب الضمان؛ ولذلك تنطبق عليها أحكام الكفالة فى القانون المدنى، إن لم يوجد نص أو شرط خاص بخطاب الضمان.

ولخطاب الضمان صلات ثلاث تعتبر حاكمة له، وهى:

١ - صلة العميل بالمستفيد (أو المتعامل معه):

وهى صلة عمل غالبًا، مثل: صلة التوريد أو المقاولة؛ ولذلك يحكمها عقد التوريد أو عقد المقاولة.

٢ - صلة البنك بالعميل:

ويحكم هذه الصلة عقد الضمان أو عقد الكفالة.

٣ - صلة البنك بالمستفيد:

وهذه الصلة هى التى تكون بين البنك وصاحب المشروع أو المناقصة، أى: الذى يصدر خطاب الضمان لصالحه، ويكون له حق الحصول على قيمة الضمان أثناء مدة الصلاحية لخطاب الضمان، وتكون هذه الصلة محكومة بالبنود القانونية الخاصة بخطاب الضمان فقط. وللكفيل أن يرجع على المدين فى القانون المدنى على أساس الدعوى الشخصية، أو على أساس دعوى الحلول، والدعوى الشخصية

فى هذه الحالة تعتبر دعوى وكالة يرجع الوكيل بها مع المدين إن عقدت الكفالة بإذن المدين، أو تعتبر دعوى فضالة؛ وذلك إذا عقدت الكفالة بعلمه، أو بغير علمه إذا لم يعترض، أما إذا عقدت الكفالة رغم اعتراضه، فإن الدعوى حينئذ تعتبر دعوى إثراء بلا سبب. إلا أن البعض يرى أن الأساس القانونى للدعوى التى يرجع بها الكفيل على المدين يختلف عن الأساس الذى تقوم عليه الدعوى حين تعقد بالوكالة، أو بالفضالة، أو حتى إن عقدت على سبيل الإثراء بلا سبب؛ وذلك لأن الموكل يمكن له أن يعزل الوكيل فى عقد الوكالة، ولكنه لا يجوز له عزل الكفيل.

وأيضًا: فإنه يجوز للوكيل أن يتنحى عن الوكالة؛ بينما لا يجوز للكفيل أن يتنحى عن الكفالة.

أما بالنسبة لدعوى الفضالة فإنها تكون فى أمر عاجل، على العكس من الكفالة التى يمكن تأخيرها.

وبناء على هذا فإن الدعوى التى يرجع بها الكفيل على المدين؛ تعتبر دعوى كفالة، يؤيد ذلك أن المادة رقم (٧٩٩) من القانون المدنى تنص على أنه:

«إذا وفَّى الكفيلُ الدينَ، كان له أن يحل محل الدائن فى جميع ماله من حقوق قبل المدين، ولكن إذا لم يوف إلا بعض الدين، فلا يرجع بما وفَّاه إلا بعد أن يستوفى الدائن كل حقه من الدين».

وتنص المادة رقم (٣٢٩) على أن:

«من حلَّ - قانونًا أو اتفاقًا - محل الدائن، كان له حقه بما لهذا الحق من خصائص، وما يلحقه من توابع، وما يكفله من تأمينات، وما يرد عليه من دفوع، ويكون هذا الحلول بالقدر الذى أداه من ماله من حل محل الدائن».

فتبين أن المادتين السابقتين من القانون المدنى تؤكدان على أنه ينطبق على خطاب الضمان ما ينطبق على عقد الكفالة من أحكام، غير أن ثمة فروقًا دقيقة يجب أن توضع فى الاعتبار؛ فقد اشترط رجال القانون لرجوع الكفيل على المدين أن يؤدى الكفيل الدين عند حلول الأجل، وليس للكفيل الحق فى الرجوع إن تعجل فى وفائه بالدين قبل حلول الأجل المحدد؛ وذلك لأن حلول الأجل الأصلى للدين شرط لصحة رجوع الكفيل.

كما اشترطوا أن يخطر الكفيل المدين قبل الوفاء، وعدم اعتراض المدين على

ذلك، وفى هذه الحالة يكون للكفيل أن يرجع على المدين بما أداه - أو وفاه - عنه.

أما بالنسبة لخطاب الضمان فإنه لا يشترط أن يكون موضوع خطاب الضمان دينًا محدد الأجل؛ لأن موضوعه مجرد الضمان؛ وبهذا يكون شرط أداء الكفيل - أى: البنك - للقيمة المحددة فى خطاب الضمان منطبقًا على خطاب الضمان، متى طلب ذلك العميل أو المستفيد، وعليه، فإن احتمال تعجل الأداء غير وارد هاهنا.

وكذلك فإن خطاب الضمان بالنظرة العملية إلى طبيعته لا يحتمل إخطار المدين قبل الوفاء؛ إذ أن الكفيل يتعهد بأداء القيمة إلى المستفيد وقت طلب المستفيد لها، دون إخطار سابق، ومن غير موافقة مسبقة من العميل، ومن غير اعتراض العميل كذلك.

توزيع المسئوليات فى خطاب الضمان:

سبق أن ذكرنا أن لخطاب الضمان أركان أربعة هى:

البنك.

والعميل.

والمستفيد.

وقيمة الضمان.

وهذا الركن الرابع وهو قيمة الضمان هو محور العملية، الذى من أجله يصدر خطاب الضمان، ومن ثم تترتب مجموعة من الالتزامات والمسئوليات يلتزم بها كل ركن أو طرف من الأطراف الثلاث الباقية، أعنى: البنك، والعميل، والمستفيد، فما هى طبيعة هذه المسئوليات؟ وما هو الحل عند وقوع التنازع بسببها؟

هذا ما ستجيب عنه السطور التالية:

١ - مسئولية البنك:

إذا نُصَّ فى خطاب الضمان على فترة صلاحية يسرى فيها الخطاب فإنه يكون البنك مسئولا عن أداء قيمة خطاب الضمان إلى المستفيد إذا ما طلبها خلال هذه الفترة، وإذا لم ينص على فترة صلاحية معينة؛ بأن كان خطاب الضمان مطلقًا، فإن البنك يكون مسئولا عن أداء قيمة خطاب الضمان إلى المستفيد فى أى وقت يطلبها فيه.

وفى كلتا الحالتين ليس للبنك أن يمتنع عن الأداء، ولا يصح له أن يربط بين ما

يقدمه العميل من غطاء لخطاب الضمان وبين القيمة المذكورة فى خطاب الضمان بالفعل، فليس للبنك - مثلا - أن يقتصر على أداء ما قدمه العميل من غطاء لخطاب الضمان؛ إذا كانت قيمة غطاء خطاب الضمان أقل من قيمة الضمان؛ وإنما عليه أن يؤدى قيمة خطاب الضمان كاملة، ثم له - أى: البنك - بعد ذلك الرجوع على العميل بقيمة الجزء غير المغطى، أى: الفارق بين غطاء خطاب الضمان الذى قدمه العميل وبين قيمة الضمان الفعلية.

وتجدر الإشارة إلى أن علاقة البنك بالمستفيد علاقة مستقلة عن علاقة البنك بالعميل، وهو ما يتفق عليه القانونيون؛ فيرون أن البنك مسئول عن قيمة خطاب الضمان، وعليه أن يؤديها إلى المستفيد، بصرف النظر عن علاقة البنك بالعميل.

وفى حالة وقوع أية منازعات بين البنك والمستفيد فإن الفصل فيها يكون بالنظر إلى البنود الواردة فى خطاب الضمان؛ لأن هذه البنود هى العلاقة الحاكمة - قانونا - بينهما.

٢ - مسئولية العميل:

تقع المسئولية على العميل - وهو طالب خطاب الضمان - من جهتين؛ فهو من جهة مسئول أمام المستفيد عن تنفيذ ما يطلب منه من أعمال حسب المواصفات المحددة المتفق عليها؛ حيث إن العميل يتعاقد على تنفيذ أعمال معينة بكيفية محددة، ويحق للمستفيد مصادرة خطاب الضمان إذا لم يلتزم العميل بما اتفق عليه مع المستفيد، من غير اعتراض للبنك أو العميل، وإذا ما حدثت أية نزاعات بين العميل والمستفيد حول تنفيذ الأعمال المتفق عليها فإن هذه المنازعات تخضع للأحكام القانونية لعقود التوريدات أو المقاولات؛ إذ أن هذه العقود هى التى تحكم العلاقة بين العميل والمستفيد، وليس لهذه النزاعات تأثير على حق المستفيد فى الحصول على قيمة خطاب الضمان من البنك.

ومن جهة ثانية: فإن العميل مسئول أمام البنك عن أداء قيمة خطاب الضمان وعن سداد جميع المصروفات الإدارية إلى البنك، وإذا ما وقع أى نزاع بين العميل وبين البنك، فإن الفصل فى هذا النزاع يتم وفقًا لأحكام الكفالة، من حيث النظر إلى القيام الفعلى من البنك بسداد قيمة خطاب الضمان إلى المستفيد، وموافقة العميل المسبقة على هذا الدفع دون اعتراض منه.

٣ - مسئولية المستفيد:

من الطريف أن ما ذكرناه من مسئوليات كل من البنك والعميل - فى معظمها - إنما تكون نتيجة الفشل وعدم الالتزام، أما مسئولية المستفيد هاهنا؛ فإنها نتيجة النجاح والوفاء بالالتزامات؛ فإنه إذا أدى العميل التزاماته التى اتفق عليها مع المستفيد، وانتهت الأعمال التى اتفقا عليها؛ أو انتهت فترة الصلاحية المحددة لخطاب الضمان - فعلى المستفيد إعادة خطاب الضمان إلى العميل، والبنك غير ملزم بأداء أى شىء إلى المستفيد، ما دام قد أقر بأن العميل قد أدى ما عليه من أعمال أما إذا لم يوف العميل بالتزاماته مع المستفيد، فإنه يحصل على قيمة الضمان، ولا يكون ملتزمًا بأية التزامات تجاه البنك أو تجاه العميل.

أما عند حدوث نزاع مع المستفيد فإن الفصل فيه يكون بالنظر فى الطرف الآخر من النزاع: فإن كان العميل، فقد ذكرنا أن الفصل بينهما يكون وفقًا للأحكام القانونية لعقود التوريدات أو المقاولات.

وإن كان البنك، فقد ذكرنا أيضًا: أن الفصل فيها يكون محكومًا ببنود خطاب.

د - مقابل الكفالة فى القانون:

ما من شك فى أن البنك عندما يصدر خطاب ضمان لعميل ما - أنه بذلك قد أدى خدمة جليلة لهذا العميل، استفاد منها العميل وتحمل من أجلها البنك نفقات إدارية وأصبح ملتزمًا تجاه المستفيد بمسئوليات معينة، كما سبق أن أوضحناها؛ لذا فإنه يجوز للبنك طبقًا لأحكام القانون - أن يحصل على أجر مقابل تلك الخدمة المصرفية التى قام بها للعميل، لا سيما وأن البنك لا يتعامل مع أمواله الخاصة؛ بل يتعامل فى أموال المودعين، والمودعون قد فوضوه نيابة عنهم فى استثمار هذه فلا ينبغى للبنك أن يتصرف فيها بما لا يعود عليهم بالنفع.

وللبنك - إضافة إلى ذلك - أن يحصل على قيمة المصروفات الإدارية التى دفعها - أو تحملها - فى إصداره لخطاب الضمان؛ وهذه المصروفات الإدارية تضاف إلى قيمة استحقاقات البنك؛ أى: ما يحصل عليه مقابل خدمة الكفالة فى خطاب الضمان.

التكييف الشرعى لخطاب الضمان

لا يخرج التكييف الشرعى لخطاب الضمان عن كونه كفالة أو وكالة؛ فإنه عندما يكون العميل قد قدم غطاء كليًا لقيمة الضمان، فإن البنك فى هذه الحالة يكون وكيلا عن العميل فى أداء قيمة الضمان عند استحقاقها للمستفيد.

أما حينما يكون الغطاء الذى قدمه العميل جزئيًا، فإن البنك يكون كفيلا عن العميل، ويكون للمستفيد الحق فى الحصول على قيمة الضمان عند استحقاقها له، إما من العميل مباشرة أو من البنك؛ لأن الكفالة عبارة عن ضم ذمة الضامن إلى ذمة المضمون عنه فى ضمان الحق، ولصاحب الحق أن يطالب من شاء، سواء الكفيل أو المكفول عنه؛ لأن الحق قد ثبت له فى ذمتيهما جميعًا، وهذا ما ذهب إليه الشافعية، والحنفية، والإمام أحمد، رضى الله عن الجميع.

إلا أن مما يعكر صفو اعتبار خطاب الضمان بالكفالة ما ذهب إليه الشافعى، وابن حزم من أن الكفالة عقد واجب؛ لذا فإنها لا تجوز فى مال لم يجب بعد؛ لأنها بذلك تكون التزاما لما لم يلزم بعد.

ومعلوم أن خطاب الضمان إنما هو ضمان من البنك لما سيجب على العميل عند عدم وفائه بالتزاماته تجاه المستفيد؛ فيكون قضية مذهب الشافعى، وابن حزم أن الكفالة هاهنا غير جائزة.

إلا أنه يرد على ذلك ما ذهب إليه أبو حنيفة، وصاحبه أبو يوسف، ومالك وبعض الشافعية، والحنابلة - رحمهم الله - جميعًا من جواز المخاطرة فى الكفالة كجوازها فى الولايات، وعليه يجوز - على رأيهم - الكفالة بما لم يجب بعد، ومن ثم يجوز اعتبار خطاب الضمان بعقد الكفالة.

وتجدر الإشارة إلى أنه ليس هناك ما يمنع أن يصدر أكثر من بنك خطاب ضمان لعميل واحد؛ بحيث يضمن كل بنك قيمة الضمان كلها أو بعضها للمستفيد؛ بناء على ما ذهب إليه ابن قدامة فى المغنى من أنه يجوز لأكثر من واحد أن يضمنوا الحق عن رجل واحد سواء ضمن كل واحد كل الحق أو بعضه، فإن أدى الذى عليه الحق أو أحد الضامنين الحق لصاحبه، برئ الجميع.

وكذلك إن أبرأ من له الحق من عليه الحق برئ الجميع، أما إن أبرأ من له الحق أحد الضامنين، فإنه يبرأ وحده ويبقى الحق متعلقًا بذمة من عليه الحق ومن بقى معه

من الضامنين.

وتطبيق ذلك على خطابات الضمان: أنه لو اشترك أكثر من بنك فى إعطاء خطاب ضمان للعميل؛ فإن للمستفيد عند استحقاقه لقيمة الضمان أن يطالب من شاء من العميل أو أى بنك من البنوك التى أصدرت خطاب الضمان، فإن أعطاه أحدهم قيمة الضمان برئ الجميع، وكذلك إن أبرأ المستفيد العميل، برئ الجميع، أما إن أبرأ المستفيد أحد البنوك المعطية لخطاب الضمان، فإن حقه فى قيمة الضمان لا يسقط ويكون له مطالبة العميل أو بقية البنوك بها. والله أعلم.

إذا ثبت هذا، فهل للبنك أن يتقاضى عمولة مقابل إصداره لخطاب الضمان من العميل أم لا؟

هذه مسألة عويصة طال الجدال حولها، ونالت اهتمامًا بالغًا من هيئات الرقابة الشرعية بالبنوك الإسلامية، وتكاد كلمة الفقهاء المحدثين تجمع على أن خطاب الضمان المغطى يجوز أخذ العمولة عليه؛ باعتبار أن البنك عندما يصدره يكون بمثابة الوكيل للعميل فى سداد قيمة الضمان عند استحقاقها للمستفيد، فجاز له أخذ عمولة على ذلك كأجر على تلك الوكالة، ومعلوم أن الفقهاء قد أجازوا الوكالة بأجر وبغير أجر.

وخالف فى ذلك هيئة الرقابة الشرعية ببنك فيصل الإسلامى المصرى، حيث ذهبت إلى عدم جواز أخذ العمولة عن الضمان مطلقًا، حتى ولو كان خطاب الضمان مغطى تغطية كلية.

واحتجوا لصحة ما رأوه: بأن الغطاء الذى يقدمه العميل لخطاب الضمان، لا يخلو حال البنك به من أمرين:

إما أن يستثمر هذا الغطاء، والاستثمار يعنى احتمال المكسب والخسارة، فيكون البنك بذلك معرضًا لأموال العميل - ممثلة فى ذلك الغطاء - للخسارة.

وإما ألا يقوم البنك باستثمار هذا الغطاء، وبالتالى يعطل هذه الأموال عن التداول والاستثمار فيلحق الضرر بالعميل.

أى: أنه فى كلتا الحالتين هناك ضرر متوقع على العميل؛ لذا فقد رأت هيئة الرقابة الشرعية ببنك فيصل المصرى أن يكون أسلوب مشاركة البنك للعميل - طالب خطاب الضمان - فى المشروع الذى يطلب الخطاب لأجل إنجازه هو الحل

لموضوع العمولة وللمشاكل المرتبطة باستثمار قيمة الغطاء.

وقد ألحقت هيئة الرقابة الشرعية ببنك فيصل السودانى خطاب الضمان المغطى غطاء جزئيًا بخطاب الضمان المغطى غطاء كليًا، فى اعتبار أن التكييف الشرعى له هو الوكالة إلى جانب الكفالة، إلا أنها قد ذهبت إلى ما ذهبت إليه هيئة الرقابة الشرعية ببنك فيصل الإسلامى المصرى من عدم جواز أخذ العمولة على الضمان مطلقًا فى إصدار خطابات الضمان، سواء كانت مغطاة كليًا أو جزئيًا، أو غير مغطاة بالمرة.

هذا على اعتبار أن التكييف الشرعى لخطاب الضمان هو اعتباره وكالة، أما على اعتباره كفالة؛ كما هو الشأن فى خطابات الضمان غير المغطاة أو المغطاة، غطاء جزئيًا -فإنه تكاد كلمة الفقهاء تجمع على أنه لا يجوز أن يتقاضى البنك أية عمولة من العميل مقابل الضمان؛ لأن الكفالة من عقود التبرعات التى لا يُسْتَحَقُّ عنها أجر؛ إذ أن المتبرع لا يحصل عادة على أجر مادى مقابل تبرعه، وقد تضافرت أقوال الفقهاء على ذلك.

فالكفالة عند الشافعى: استهلاك مال لا كسب مال.

والضمان عند النووى: غرر كله بلا مصلحة، وهو تبرع وقرض محض.

ويذهب مالك إلى أن الكفالة وجه من وجوه الصدقة.

ويعتبرها الكمال بن الهمام: عقد تبرع كالنذر، لا يقصد به سوى ثواب الله، أو رفع الضيق عن الحبيب.

ويرى ابن قدامة أن الكفيل لاحظ له - يعنى: الخط المادى بالطبع، وإلا فإن التكافل بين المسلمين من الأمور التى حث الشارع عليها ووعد فيها بالثواب الجزيل.

من أجل هذا كله يقول المستشار الشرعى لبيت التمويل الكويتى: «لا أعلم من فقهاء المسلمين من أجاز أخذ الأجر على الضمان».

ويؤيد من ذهب إلى عدم جواز أخذ العوض عن الكفالة مذهبه، بقوله ﷺ: «الزعيم غارم»[1] وهو نص منه عليه الصلاة والسلام بأن الأصل فى الكفالة الغرم،

---

(١) تقدم.

فكيف تتحول إلى غنم ويجوز أخذ العمولة عليها؟!

بل قد ذهب ابن حزم إلى أبعد من ذلك؛ حيث يقول فى كتابة المحلى: «لا يرجع الضامن على المضمون عنه، وعلى ورثته أبدًا بشىء مما ضمن عنه أصلا - سواء رغب إليه فى أن يضمنه عنه أو لم يرغب إليه فى ذلك - إلا فى وجه واحد، وهو أن يقول الذى عليه الحق: اضمن عنى ما لهذا على، فإذا أديت عنى، فهو دين لك على؛ فهاهنا يرجع عليه بما أدى عنه؛ لأنه استقرضه ما أدى عنه؛ فهو قرض صحيح».

ولا يعنينا هاهنا مناقشة ابن حزم فيما ذهب إليه من عدم رجوع الضامن على المضمون عنه؛ لأن جمهور الفقهاء قد كفونا ذلك، حين قسموا الكفالة إلى نوعين:

الأول: تكون الكفالة فيه تبرعًا ابتداء وانتهاء؛ فى حالة إذا لم يرجع الكفيل على المكفول عنه بما أداه.

والثانى: تكون فيه الكفالة تبرعًا ابتداء، ومعاوضة انتهاء؛ فى حالة رجوع الكفيل على المكفول عنه بما أداه.

لكن الذى يعنينا من كلام ابن حزم هو اعتباره رجوع الضامن على المضمون عنه بمثابة استقراض، وهذا يعطى لمسألة العمولة على الضمان فى خطابات الضمان بعدًا جديدًا يدخلها فى دائرة الربا، بمعنى أن البنك عندما يؤدى قيمة الضمان إلى المستفيد عن العميل، يكون كأنه قد أقرض العميل قيمة الضمان على أن يسددها العميل إلى البنك؛ فإذا حصل البنك على عمولة من العميل مقابل الكفالة فإنه بذلك يكون قد جر بهذا القرض نفعًا: هو العمولة؛ فتكون ربا.

وقد ذهب إلى اعتبار الكفالة استقراضًا - أيضًا - الكسانى، حيث يقول فى بدائع الصنائع: «الكفالة بالأمر فى حق المطلوب استقراض، وهو طلب القرض من الكفيل، والكفيل بأداء المال مقرض من المطلوب، ونائب عنه فى الأداء إلى الطالب».

وقد صرح ابن عابدين - فى منحة الخالق على البحر الرائق - بأن أخذ الجعل على الكفالة ربا، فقال: «الكفيل مقرض فى حق المطلوب، وإذا شرط له جعلا، مع ضمان المثل، فقد شرط له الزيادة على ما أقرضه، فهو باطل؛ لأنه ربا».

وجملة ذلك: أنه قد اتفقت الآراء على منع أخذ العمولة على الضمان؛ إما لأن

الكفالة تبرع ولا يجوز أخذ العوض عليها؛ أو لأن المأخوذ فى الكفالة بسبب الضمان يعتبر ربا، أو للسببين معا.

ومما يؤيد المنع أيضًا: أن سلفنا الصالح - رضى الله عنهم - قد ما رسوا الضمان فى تعاملاتهم التجارية؛ كما فى ضمان الدرك، عندما كان يطلب البائع من المشترى كفيلا يضمن الثمن الذى فى ذمة المشترى فى البيع إلى أجل، أو يضمن له سلامة الثمن من الغش أو العيب أو الاستحقاق، بأن يظهر له مالك غير المشترى يكون المشترى قد غصب منه هذا المال أو سرقه - فى البيع الحال.

وعندما كان يطلب المشترى من البائع كفيلا يضمن رد الثمن إذا ما ظهر بالمبيع عيب أو كان مستحقًا لغير البائع.

وعرف - أيضًا - السلف الصالح ضمان السوق، حيث كان يضمن الكفيل ما يجب على التاجر من الديون وما يقبضه من الأعيان المضمونة. وهو - أى: ضمان السوق - وإن كان ضمانًا لما لم يجب بعد، وقد أشرنا إلى وجود خلاف بين الفقهاء فى جوازه؛ حيث رده الشافعى، وجوزه غيره من الأئمة؛ كمالك، وأحمد، وأبى حنيفة - رحمهم الله جميعًا - إلا أننا نذكره هاهنا لا لمناقشة جوازه وعدم جوازه، وإنما ذكرناه - كما ذكرنا ضمان الدرك كدليل على تدخل الضمان فى الحياة التجارية عند سلفنا رضوان الله عليهم، ثم لم نجد أحدا منهم أجاز للضامن أن يأخذ عمولة أو جعلا مقابل ما يتكبده من مخاطرة من جراء هذا الضمان.

وأيضًا: فإن الذى يقوم بإقراض شخص ما مبلغًا أو قرضًا معينًا فإنه يتحمل مخاطر محققة أكثر بكثير من تلك التى يتحملها الكفيل فى الضمان، ثم إن أخذ المقرض شيئًا زيادة على هذا القرض، فإنه يعتبر ربا، فكيف يجوز أخذ العمولة عن الضمان حينئذ؟!

هذه هى آراء المانعين وأدلتهم.

وفى الناحية المقابلة نجد أن هناك من جوز للبنك الحصول على عمولة مقابل خطاب الضمان؛ لأن هذا الخطاب يعزز موقف العميل، ويكسبه ثقة أكبر عند المستفيد؛ وبذلك يكون عملا محترمًا يستحق البنك عمولة لأجله.

ورأى البعض: أنه يجوز للبنك أن يحصل على أجر مقابل إصدار خطابات الضمان؛ لما يتكبده من جهد وتعب لموظفيه وعماله، ولما يقوم به من مصروفات

إدارية.

ومما يزيد المسألة عمقًا: أن البنك مؤسسة استثمارية، الهدف منها تنمية أموال المودعين واستثمارها، بمعنى أن البنك لا يتصرف فى أمواله الخاصة؛ بل إنه يتصرف فى أموال غيره التى أودعوها إياه بغية التنمية والاستثمار؛ ومن ثم فإن البنك لا يمكن اعتباره كفيلا متبرعًا فى إصدار خطاب الضمان، بقدر ما هو مستثمر يطلب الربح جراء ما يقدمه من خدمات، لا سيما وأن البنك عند إصدار خطاب الضمان يستطيع أن يقدم للعميل خدمات جليلة تتعلق بالنواحى المالية والفنية للعملية، التى يطلب إصدار خطاب الضمان لأجلها، كما يمكن أن يقوم البنك بعد إصدار خطاب الضمان ببعض الأعمال بناء على طلب العميل، مثل: تحصيل مستحقات العميل المختلفة عن تلك العملية التى صدر خطاب الضمان لأجلها.

إذا ثبت هذا: فإننا نخلص من كل ما قدمناه إلى أننا نرى أنه لا يجوز للبنك أن يتقاضى أى عمولة مقابل مجرد الضمان سواء كان خطاب الضمان مغطى تغطية كلية أو جزئية أو غير مغطى بالمرة.

ولكن له أن يأخذ أجرًا يعادل أجر المثل عن الخدمات التى يقدمها للعميل من دراسات وجمع مستحقات وغير ذلك، دون أن يكون لمخاطر الضمان وقيمة خطاب الضمان أى دخل فى تحديد هذا الأجر.

كما يجوز له أن يأخذ المصروفات الإدارية التى يحتاج إليها عند إصدار خطاب الضمان وكذلك عند تجديده.

ويجوز له أن يأخذ أجرًا على وكالته للعميل فى خطاب الضمان المغطى تغطية كلية أو جزئية.

كما يجوز للبنك أن يشارك العميل الذى يتقدم لطلب خطاب ضمان فى تنفيذ الأعمال التى يريدها بدلا من إصدار خطابات الضمان والوقوع فى المخاطر الشرعية المرتبطة به، وهو الرأى الذى اقترحته هيئة الرقابة الشرعية لبنك فيصل الإسلامى المصرى. والله أعلم.

خطاب الضمان ومشكلة الشخصية الاعتبارية

من الجلى الواضح أن معاملات الضمان التى كانت موجودة لدى سلفنا - رضوان

الله عليهم - كانت تقوم بين الأشخاص باعتبار ذواتهم أى، أن الكفيل هى شخص معلوم بذاته ويقوم بضمان الحق عن شخص آخر معلوم هو الآخر بذاته.

أما الآن فإن خطاب الضمان الذى يصدره البنك يكون صادرًا من البنك باعتباره شخصية اعتبارية، لا شخصية طبيعية، حيث إن المال الذى يتصرف فيه البنك هو ملك لمجموعة من الشركاء المساهمين فى إنشاء البنك، إضافة إلى أموال المستثمرين، فأصبح البنك بمثابة شخصية قائمة مقام كل هؤلاء؛ مما يسوغ وصفه بشخصية اعتبارية.

ومن ناحية أخرى: قد يكون العميل الذى يطلب خطاب الضمان هو شركة من الشركات لمجموعة من الشخصيات، وبالتالى يكون العميل الذى يصدر له خطاب الضمان شخصية اعتبارية أيضًا.

ومن ناحية ثالثة: قد يكون المستفيد الذى يصدر خطاب الضمان لصالحه شركة أيضًا؛ فيكون خطاب الضمان قد صدر لمصلحة شخصية اعتبارية.

وبذلك يمكن القول: إن خطاب الضمان الصادر من البنك يكون صادرًا من شخصية اعتبارية فى كل الاحتمالات، ثم إن العميل والمستفيد من الممكن أن يكونا - أو أحدهما - شخصية اعتبارية، أو طبعية وهذه الشخصية الاعتبارية قد اختلفت آراء الفقهاء حولها وحول مدى إمكانية التعامل معها كذمة مالية مستقلة، وإلى أى مدى تدعو الحاجة إلى ذلك فى الفقه الإسلامى.

ولقد وُجِدَ فريق من الفقهاء يمثل اتجاهًا رافضًا لفكرة الشخصية الاعتبارية، واستند أصحاب هذا الاتجاه إلى عدة أدلة؛ نوجزها مجتمعة أولا، ثم نتبع ذلك بمناقشة كل دليل على حدة مناقشة مُفَصَّلة؛ وهذه الأدلة هى:

١ - أن الشخصية الاعتباريةلا يتناسب معها هذا الربط بين العقيدة والمعاملات فى المنهج الإسلامى، ومعلوم أن هذا المنهج الإسلامى يختلف عن المنهج الوضعى القائم فقط على الاعتبارات المادية.

٢ - أنه بالرغم من أن الفقهاء قد أسندوا بعض الأحكام الفقهية إلى بعض الشخصيات الاعتبارية: كبيت المال والوقف، إلا أنهم لم يعترفوا بوجود ذمة مالية لهذه الشخصيات الاعتبارية.

٣ - أنه مع الأخذ بفكرة الشخصية الاعتبارية ستوجد بعض الآثار التى نظمها

القانون الوضعى مخالفة للشريعة الإسلامية؛ فمثلا: إذا خُصِّصَتْ ذمة شركة ما للوفاء بديونها، فلا يجوز لدائنى أحد الشركاء المساهمين فى رأس مال هذه الشركة الحصول على حقوقهم من حصة هذا الشريك فى رأس المال قبل تصفية الشركة، إلا من الأرباح، واستقلال التفليسات الجنسية للشركة والشركاء، عدا شركة التضامن، والتوصية البسيطة، وذلك يخالف ما هو معروف من أحكام الحجر فى الشريعة الإسلامية؛ حيث يكون لدائنى المحجور عليه أن يحصلوا على حقهم لدى المحجور عليه من كل ما يملكه من ممتلكات دون استثناء شىء منها.

٤ - أن الشخصية الاعتبارية ليست إلا مجرد مفهوم قد نشأ فى إطار الفلسفة الوضعية، ولم يعترف به التفكير الإسلامى إلا اضطرارًا؛ لأسباب عملية، عندما ظهرت المشروعات الضخمة، والمؤسسات المالية الكبيرة.

تلك هى الأدلة التى استند عليها المانعون للأخذ بفكرة الشخصية الاعتبارية، ولعل البحث لا يميل إلى ما يراه أصحاب هذا الإتجاه؛ إذ يمكن دفع هذه الأدلة كلها كما يلى:

أولا: فيما يختص بالربط بين العقيدة والمعاملات فى المنهج الإسلامى وعدم تناسب ذلك مع الشخصية الاعتبارية، نرى أنه ليس ثمة اختلاف بين تناسب الربط بين العقيدة والمعاملات فى المنهج الإسلامى مع الشخصية الطبعية، وبين تناسبه مع الشخصية الاعتبارية؛ لأن الشخصية الاعتبارية بمثابة الممثل لمجموعة من الشخصيات الطبعية؛ ومن ثم فإن المعاملات التى تجريها هذه الشخصية الاعتبارية ترتبط ارتباطًا مباشرًا بعقيدة هذه الشخصيات الطبعية التى تمثلها الشخصية الاعتبارية، وليس أدل على ذلك، من وجود شركات تجرى تعاملاتها وفق أحكام الشرع، وأخرى لا تبالى بأحكام الشرع فى تعاملاتها.

والسبب فى هذا: أن هذه التصرفات الصادرة عن هذه الشركات إنما تعكس عقيدة مؤسسيها فى التعامل، وبالتالى تكون الشخصية الاعتبارية مستوحاة من الشخصية الطبعية وممثلة لها؛ بغية تسهيل المعاملات بين الناس، والعمل على حفظ الأموال وتداولها وتنميتها واستثمارها، وليس فى هذا ما يمثل مخالفة من قريب أو بعيد للأصول المقررة فى الشريعة الإسلامية، بل إن ما قد يؤدى إليه عدم السماح بالتعامل مع الشخصية الاعتبارية من كنز للمال وتعطيله عن التداول والاستثمار هو

المرفوض والمخالف لمقتضيات شريعتنا الإسلامية الغراء. والله أعلم.

ثانيًا: فى خصوص عدم اعتراف الفقهاء بالذمة المالية لبعض الشخصيات الاعتبارية مثل: بيوت المال، والوقف وغير ذلك، نقول:

إن هذا ليس على إطلاقه؛ حيث إن الذمة المالية للوقف وبيت المال والمساجد وغيرها قد أثبتها كثير من الفقهاء، ويمكن أن يستدل لذلك بأن الذمة هى عبارة عن وصف شرعى مقدر وليس ذاتا؛ وبهذا يمكن أن تثبت للشخصية الاعتبارية كما تثبت للشخصية الطبعية.

ثالثًا: فيما يختص بالآثار التى نظمها القانون الوضعى، وتكون مخالفة للشريعة الإسلامية، حال الأخذ بفكرة الشخصية الاعتبارية نقول:

إن وجود مثل هذه المخالفات لا يعنى أن الشخصية الاعتبارية أمر باطل مرفوض، وإنما يعنى: أن هناك شيئًا من الانحراف قد وجد عند التطبيق، وهذا الانحراف فى حاجة إلى تقويم، يكون بمعالجته، لا برفض الفكرة من أساسها، لا سيما مع الفوائد التى تتحقق بالأخذ بمفهوم الشخصية الاعتبارية، والتى ذكرنا بعضا منها، وسنذكر بعضًا آخر فيما بعد إن شاء الله تعالى.

فمثلا: ما ذكر من مخالفة لأحكام الحجر فى الشريعة الإسلامية عند تخصيص ذمة الشركة للوفاء بديونها وعدم السماح لدائنى أحد الشركاء بالحصول على حقه من حصة الشريك فى رأس المال قبل تصفية الشركة، إلا من الأرباح - يمكن تعديله بأن يباع نصيب المحجور عليه من الشركة لغيره ويعطى غرماؤه حقهم منه، أو بأى وسيلة أخرى، بما يعنى أن الأمر يستلزم تعديلا فى التطبيق، ولا يعنى بتاتا رفض الفكرة من جذورها. والله أعلم.

رابعًا: أما القول بأن فكرة الشخصية الاعتبارية قد نشأت فى حقل الفلسفة الوضعية، وأن الفكر الإسلامى قد اعترف بالفكرة فيما بعد، لأسباب عملية، أى بعد وجود الحاجة الداعية إليها، وذلك بعد وجود المؤسسات المالية الكبرى، والمشروعات الضخمة المحتاجة إلى من يديرها عَبْرَ هذه الفكرة.

فيرد عليه بأن الشريعة الإسلامية قد عرفت فكرة الشخصية الاعتبارية من قديم الزمان، ممثلة فى: الوقف، وبيت المال، كما أن الفكرة معروفة قبل أن تثار قضايا البنوك وخطاب الضمان، ومطبقة تطبيقًا عمليا على مدار الزمن فى اعتبار

المستشفيات، والمدارس، والملاجئ، ودور المسنين. . . إلخ.

أهلا لملكية الحقوق والقيام على إدارتها والتصرف فى شئونها؛ بما يفيد أن لهذه الجهات شخصية اعتبارية تبيح لها القيام بهذه الحقوق والتصرفات.

إذن ففكرة الشخصية الاعتبارية وجدت منذ قديم، وأقرها الفقهاء للحاجة إليها، ولقد امتدت هذه الحاجة إلى الأخذ بفكرة الشخصية الاعتبارية فى العصر الحديث؛ مع قيام المشروعات العملاقة، والشركات المتعددة المساهمين، أو المتعددة الشركاء، والمتعددة الجنسيات كذلك، وتقتضى مصالح الناس الأخذ بهذه الفكرة ما دامت لا تعارض أصلا من أصول الشرع الإسلامى، وتتوافر فيها الشروط الشرعية للشركات، ويكون المساهمون فيها خاضعين لاحتمالات الربح واحتمالات الخسارة وما دامت تبتعد عن المعاملات الربوية، أو المعاملات التى بها شبهة الربا.

وعلى الجملة، ما دامت هذه الفكرة تتفق مع المقررات الشرعية الحاكمة، وتحقق المصالح الشرعية المتوخاة، فإن الأخذ بها يكون تطبيقًا للأصول الشرعية.

خاتمة

بعد هذا الحديث المفصل عن خطاب الضمان، وما قد يعترضه من عقبات - هناك سؤال يفرض نفسه، مؤداه: هل من وسيلة نستطيع بها التغلب على العقبات الشرعية التى تعوق إصدار خطابات الضمان؟ بمعنى: هل نستطيع إصدار خطاب ضمان دون أن نقع فى محظور شرعى؟

وللإجابة على هذا السؤال ينبغى أولا أن نقدم مجموعة من الملاحظات التى يمكن استنباطها من خلال ما سبق، ثم نقوم بدراسة بعض النماذج القائمة بالفعل من خطاب الضمان البنكى؛ لأنها ستفيد فى تجنب السلبيات الموجودة فى النماذج الحالية، والتغلب على العقبات التى تعترض طريق إقامة هذا النموذج المأمول تطبيقه.

وهذه الملاحظات هى:

أولا: أن خطاب الضمان قد غدا من الخدمات البنكية الضرورية؛ أى: من الأعمال التى دعت إليها الظروف الاقتصادية المعاصرة.

ثانيًا: أن خطاب الضمان يحقق فوائد عديدة، أهمها: أنه يعمل على توفير الثقة

ودعمها فى العميل أمام المستفيد، وليس خافيًا أن ذلك له انعكاساته على تنشيط حركة التجارة الداخلية، وازدهار المعاملات التجارية الخارجية، وزيادة حجم التبادل السلعى، بما يعود بالفائدة العظمى على تحسين وضع الاقتصاد القومى للبلاد.

ثالثًا: أوضحنا من خلال دراسة مفصلة أن الشخصية الطبعية والشخصية الاعتبارية سواء بالنسبة لأحكام خطاب الضمان، وهذه نقطة مهمة جدًا، وإيجابية تضاف إلى إيجابيات الفقه الإسلامى المرن والمتطور فى آنٍ واحد؛ حين أعطى أهمية لقيام الكيانات المعنوية؛ التى تقتضى ظروف العصر وجودها، بما يحقق مصالح الناس، ما دامت – أى: هذه المصالح – مصالح شرعية، بعيدة عن أية تحفظات غير شرعية مثل شبهات الاحتكار، أو الاستغلال، أو الربا، أو غير ذلك مما لا تقره القواعد الشرعية الحاكمة.

رابعًا: بينا أن البنك عند ما يصدر خطاب الضمان يكون بذلك قد ألزم نفسه بدفع قيمة الضمان للمستفيد عند عدم وفاء العميل بالتزاماته تجاه المستفيد، وأن هذا الدفع من جهة البنك يكون فوريًا دون اشتراط إذن العميل أو النظر إلى اعتراضاته، ثم يعود البنك بعد ذلك بما دفعه على العميل.

خامسًا: أوضحنا كذلك عدم جواز اشتراط نسبة مئوية محددة من قيمة خطاب الضمان من قبل البنك؛ وذلك لوجود شبهة الربا، وشبهة الرشوة كذلك.

ولأن خطاب الضمان واحد من عقود الكفالة القائمة أساسًا على التبرع؛ ولذلك لا يجوز للبنك إلا الحصول على المصروفات الفنية والإدارية، التى يحتاج إليها البنك عند إصدار أو تجديد خطاب الضمان، كما يجوز له الحصول على أجر المثل مقابل ما يقدمه للعميل من خدمات، أو مقابل وكالته عن العميل فى حالة الخطاب المغطى غطاء كليا (باتفاق)، أو جزئيًا على ما ذهبت إليه هيئة الرقابة الشرعية ببنك فيصل الإسلامى، من التكييف الشرعى لخطابات الضمان المغطاة تغطية جزئية على أنها وكالة كما فى المغطاة تغطية كلية.

سادسًا: لقد بذلت البنوك الإسلامية محاولات كثيرة ومتنوعة لكى تتغلب على العقبات التى تعترض طريق إقامة نموذج يتوافق مع المقررات الشرعية، ولعل أبرز هذه المحاولات الاقتراح بمشاركة البنك الإسلامى للعميل فى العملية التى يطلب من البنك إصدار خطاب الضمان من أجلها، وقد اعترض ذلك الاقتراح ما يراه البعض

من مخالفة ذلك للقواعد الشرعية، ومنها قاعدة: «الأمورُ بمقاصدها»، والقصد هاهنا الضمان، وليس المشاركة، وكذلك لانعدام الصلة بين الالتزام الأصلى بين البنك والعميل، والالتزام الأصلى بين العميل والمستفيد، بمعنى أن تكون العلاقة بين العميل والمستفيد هى عقد توريد أو مقاولة فى حين أن العلاقة بين العميل والبنك علاقة نقدية؛ مما يؤدى إلى اختلاف محل الضمان، وهذا غير جائز شرعًا.

وحتى لو قلنا جدلا باتفاق محل الضمان، فإنه ينبغى أن يكون البنك ملتزمًا تجاه المستفيد التزامًا أصليًا وليس تابعًا للعميل، وهذا غير موجود فى النماذج المقترحة للمشاركة ومن الاقتراحات أو النماذج التى عرضت أيضًا لحل المشاكل الشرعية التى تعترض خطاب الضمان - اللجوء إلى خطابات الضمان المغطاة غطاء كليًا؛ لأن العلاقة فيها تكون علاقة وكالة بين البنك والعميل، وبالتالى يجوز للبنك أن يتقاضى أجرًا عليها؛ لأن الوكالة جائزة شرعًا بأجر وبدون أجر.

وقد سبق لنا أن ذكرنا ما ورد على هذا الرأى من اعتراضات عند حديثنا عن جواز أخذ العمولة مقابل إصدار خطاب الضمان.

سابعًا: اتضح مما سبق أن النماذج القائمة بالفعل من خطابات الضمان البنكية رغم ما حققته من نجاح نسبى، ورغم ما أسهمت به - بشكل جزئى - فى حل مشكلة الضمان، إلا أن هذه النماذج ليست هى النماذج المثلى؛ بمعنى أنها لم تحقق كل النجاح المأمول، ولم تحل جميع المشكلات.

وبعد هذه الملاحظات نأتى إلى الإجابة عن السؤال السابق وهو: هل يمكن التوصل إلى خطاب ضمان دون الوقوع فى مخاطر شرعية؟

وسوف نستعين فى الإجابة على هذا السؤال بالنموذج القيم الذى ذكره د/ حمدى عبد العظيم لخطاب ضمان يتفق مع أحكام الشرعية الإسلامية (والحقيقة أننا قد أفدنا من الدكتور حمدى عبد العظيم إفادة بالغة، فجزاه الله عنا وعن طلاب العلم كل خير) وقبل أن يقدم لهذا النموذج قام بعرض نموذج خطاب الضمان المطبق ببنك فيصل الإسلامى المصرى، وذكر إيجابياته وسلبياته، فقال:

«ولعل أهم النماذج المطبقة حاليًا نموذج (بنك فيصل الإسلامى المصرى)، وتقوم فكرته على التزام البنك بتغطية احتياجات الشركة التمويلية، وخطابات الضمان للدفعة المقدمة عن طريق فتح حساب مشاركة، على أن تقوم الشركة بوضع

حساباتها، وإيراداتها لدى البنك، وتتم المحاسبة وفقًا لما يلى:

١ - التمويل المباشر للعمليات: ويحق له الاشتراك فى الأرباح بنسبة قيمة التمويل السنوية إلى رأس المال المدفوع، ويتم حساب قيمة التمويل على أساس حساب النمر اليومى، بعد خصم إيرادات الشركة من مسحوباتها فى حسابها لدى البنك.

٢ - تحتسب قيمة ٢٥٪ من قيمة إجمالى خطابات الضمان، كتمويل على أساس النمر.

٣ - تحصل الشركة على ٣٠٪ من الأرباح مقابل الإدارة قبل توزيع الأرباح.

٤ - تحتسب قيمة الخدمات المصرفية نظير أجر مقطوع، أو بنسبة من الأرباح.

٥ - تقدم الشركة مركزًا ماليًا كل ثلاثة أشهر، ويقدم لها البنك كشف حساب عن نفس الفترة، وتقوم الشركة برد أصل خطاب الضمان الصادر باسم الشركة فى نهاية مدة الاتفاق، إذا لم يتم تجديده لمدة أخرى.

ورغم أن هذا النموذج قد ساهم فى حل مشكلة الضمان، واعتراض الفقهاء على تقاضى أجر عنها، باعتبارها من عقود التبرعات، إلا أن البنوك الإسلامية لم تهتم به كثيرًا، لعدم دراية العاملين فيها بالتطورت الحديثة فى أسواق النقد، وظهور أساليب، وأدوات جديدة للتمويل قصير الأجل.

ويلاحظ على النموذج اتجاهه إلى اعتبار نسبة من قيمة خطابات الضمان بمثابة جزء من التمويل قصير الأجل فى العقد الشامل، يشترك فى الربح، والخسارة. أى أن بقية قيمة خطاب الضمان لا تعتبر كذلك، رغم عدم وجود غطاء لها - كما يتضح مما سبق - وبذلك تبقى مشكلة تقديم البنك لـ٧٥٪ من قيمة خطاب الضمان بدون تغطية، وبدون الحصول على نفع، أو مقابل لهذا الضمان، وهو ما يعرض أموال البنك للمخاطرة.

من ناحية أخرى، نجد أن البنك يحتسب ربع قيمة خطاب الضمان ضمن قيمة المشاركة، رغم عدم وجود احتمالات قاطعة بسداد قيمة الخطاب فعلا إلى المستفيد، وبالتالى، فإن البنك يحصل على أرباح عن إيرادات، أو مصادر تمويل لم تدفع فعلا إلى الشركة، وإن تم فقط احتسابها ضمن رأس المال للمشاركة. وقد كان العقد الموقع بين بنك فيصل الإسلامى المصرى، وإحدى شركات الاستثمار واضحًا

فى ذلك، حيث نص فى البند التاسع على ما يلى:

تعتبر ٢٥٪ من إجمالى قيمة خطابات الضمان الصادرة لجميع العمليات، بمثابة تمويل حقيقى، يستحق عليه العائد، شأنه فى ذلك شأن التمويل المباشر، ويحتسب ضمن قيمة التمويل الذى يساهم به البنك، والبالغ ثمانمائة ألف جنيه.

وهكذا نجد أن النموذج - الذى طبقه بنك فيصل الإسلامى المصرى - لم يقدم حلا مقبولا لمشكلة الحصول على عائد نظير الضمان المصرفى، خاصة وأن البنك يشارك فى الربح، ولا يشارك فى الخسارة. ولا يخفى أن النموذج السابق لا يقدم حلا كذلك لمشكلة اختلاف محل الضمان، العلاقة بين العميل، والمستفيد عنها بين البنك، والعميل، فقد تكون العلاقة بين العميل، والمستفيد على أساس توريد سلعة، أو تقديم خدمة، بينما يكون خطاب الضمان، مبلغًا من النقود، وهذا ما لا يجوز فى الكفالة. وفى حالة اتحاد محل الضمان يجب أن يكون التزام البنك أصليًا، وليس تابعًا، حتى يكون عقد كفالة، وكما هو واضح من النموذج السابق ذكره، فإن التزام البنك فى خطابات الضمان يعتبر التزام التابع، وليس الأصيل، أى أنه يظل عقد كفالة، رغم تواريه خلف المشاركة؛ لأن الأمور تكون بمقاصدها، حسب القاعدة الشرعية المعروفة».

أما النموذج الذى اقترحه د/ حمدى عبد العظيم لخطاب ضمان يتفق مع أحكام الشريعة الإسلامية - فإنه يقول عنه: «يعتمد النموذج الذى نقترحه لخطاب الضمان - بما يتفق مع أحكام الشريعة الإسلامية - على أساس عقد المضاربة، وليس المشاركة، كما تقترح النماذج السابقة:

وبناءً على ما سبق، فإن خطاب الضمان - الذى يصدره البنك الإسلامى بناءً على طلب العميل لصالح المستفيد - يخضع لما يلى:

أولا: يعتبر العميل طالب خطاب الضمان شريكًا للبنك بالعمل (رب عمل)

ثانيًا: يعتبر البنك الإسلامى مصدر خطاب الضمان شريكًا بالمال (رب المال)

ثالثًا: يتولى البنك الإسلامى تحويل كافة العمليات، التى يقوم بها رب العمل للمستفيد من خطاب الضمان، فى كافة المراحل، منذ بدء العمل حتى نهايته.

رابعًا: يصدر البنك الإسلامى خطاب الضمان لرب العمل، لتقديمه إلى المستفيد، دون الحصول على أى مقابل نقدى، أو عينى يرتبط بالكفالة.

خامسًا: يلتزم العميل (رب العمل) بتوريد كافة المبالغ النقدية، وأوراق القبض، والشيكات، وغيرها، والمرتبطة بالأعمال التى ينفذها رب العمل إلى البنك الإسلامى أولا بأول، وبالاتفاق مع المستفيد الذى يكون على استعداد لسداد مستحقات العميل لديه إلى البنك، فى حساب خاص يفتح لهذا الغرض.

سادسًا: يتفق البنك الإسلامى (رب المال) مع طالب خطاب الضمان (رب العمل) على اقتسام الأرباح التى تتحقق من عملية المضاربة بنسب معينة، يحددها الطرفان - مقدمًا - فى عقد موقع منهما.

وتجدر الإشارة إلى أن الربح الناتج فى هذه الحالة لا يكون من أسبابه الضمان، وإنما العمل، والمال فقط، باعتبار أن البنك الذى يكفل العميل ملتزمًا بتنفيذ الأعمال، بالتضامن مع العميل طالب خطاب الضمان.

ومن ثم، فإن اعتبار المقصود فى العقود يتوفر هنا أيضًا، حيث يكون هناك اتحاد فى محل الضمان، كما أن التزام البنك فى هذه الحالة يكون التزامًا أصليًا، وليس تابعًا، حيث إن خطاب الضمان تتطابق فيه إرادة العميل مع إرادة البنك، كما أن الضمان يعود نفعه على كل من البنك، والعميل معًا، ومن ثم فلا يوجد مبرر لحصول البنك على مقابل للضمان من العميل (رب العمل)، ولا يحق للبنك كذلك تقاضى أية مصروفات إدارية، أو غيرها مقابل إصدار خطاب الضمان، حيث يكون البنك الإسلامى طرفًا أصليًا فى التعاقد مع المستفيد، ومع العميل طالب خطاب الضمان، وذلك بموافقة الطرفين معًا.

ويلاحظ أن عقد المضاربة الشرعية يكون بين البنك الإسلامى (رب المال)، والعميل طالب خطاب الضمان (رب العمل) فقط، ويكون عقدًا مستقلا عن العقد الذى يبرم بين الأطراف الثلاثة لتنفيذ الأعمال بواسطة العميل والبنك معًا.

ويحقق النموذج المقترح المزايا التالية:

أ - البعد عن شبهة التحريم، المرتبطة بحصول البنك على مقابل لإصدار خطاب الضمان للعميل، حيث لا يحصل البنك الإسلامى من العميل على أى مقابل، أو مصروفات، ترتبط بإصدار خطاب الضمان.

ب - اتحاد محل الضمان فى كل من التزام البنك، والتزام العمل.

ج - يكون التزام البنك الكفيل أصليًا وليس تابعًا لالتزام العميل.

د - عدم تحمل طرف دون آخر للمخاطر المرتبطة بتنفيذ الأعمال، حيث يتفق البنك والعميل على اقتسام الأرباح المتحققة فى نهاية المدة بالنسب التى يتم تحديدها فى عقد المضاربة الشرعية بين الطرفين.

هـ - يقدم البنك الإسلامى تمويلا حقيقيًا للأعمال التى يقوم بها العميل (رب العمل)، وليس مالا وهميًا لا وجود له، مثلما هو الحال فى نموذج بنك فيصل الإسلامى الذى يعتبر ٢٥٪ من قيمة خطاب الضمان تمويلا حقيقيًا، يستحق عنه أرباح فى حدود نسبته إلى إجمالى رأس مال المشاركة.

و - يستطيع البنك رقابة الأعمال التى يؤديها العميل للمستفيد، وتصحيح أية أخطاء، والاطمئنان إلى عدم وجود مخالفات من جانب العميل لما سبق الاتفاق على أدائه من أعمال، بالشروط، والمواصفات المطلوبة، ومن ثم ضآلة احتمالات مصادرة خطاب الضمان من جانب المستفيد.

ز - إعفاء العميل - طالب خطاب الضمان - من تقديم غطاء جزئى، أو كلى لخطاب الضمان.

ح - لا يجوز للبنك الإسلامى الرجوع على العميل فى حالة مصادرة المستفيد لخطاب الضمان، ما لم يثبت تقصير العمل، أو إهماله، مثلما هو الحال فى عقد المضاربة الشرعية العادية. ولا يجوز للبنك الرجوع على المضارب، فى حالة تحقيق خسارة بقيمة الضمان الذى يدفع إلى المستفيد، التى تعتبر خسارة أيضًا يتحملها البنك».

انتهى كلام الدكتور/ حمدى عبد العظيم، ونحن نوافقه فى كثير مما ذهب إليه، إلا أننا لا نرى ضرورة إعفاء طالب خطاب الضمان من تقديم غطاء جزئى أو كلى لخطاب الضمان، بل إننا نميل أن تكون الصورة التى اقترحها الدكتور/ حمدى عبد العظيم لخطاب الضمان نموذجًا بديلا لخطاب الضمان الغير مغطى تماما، أما خطاب الضمان المغطى تغطية كلية، فلا بأس أن يقدم العميل الغطاء ويكون له سحبه بعد مدة صلاحية الخطاب، ويكون للبنك أن ينال مصروفاته الإدارية وأجرته على ما قدمه من خدمات للعميل لا تتعلق بمجرد الضمان إضافة إلى أجر الوكالة التى كَيَّفَ الفقهاء المحدثون أمر خطاب الضمان المغطى تغطية كلية عليها.

كما أنه لا بأس بأن نأخذ بما ذهبت إليه هيئة الرقابة الشرعية ببنك فيصل الإسلامى

من إلحاق الغطاء الجزئى بالكلى واعتبار التكييف الشرعى فيه الوكالة إلى جانب الكفالة؛ ومن ثم فلنا أن نخطو بهذه الفكرة خطوة أوسع ونعطى للبنك الحق للحصول على أجر فى وكالته عن العميل فى خطاب الضمان المغطى غطاء جزئيًا.

وفى نهاية المطاف لا يسعنا إلا أن نقرر أهمية خطابات الضمان للتنمية الاقتصادية، لكن لا ينبغى أن يدفعنا ذلك إلى الوقوع فى محظور شرعى؛ فنكون ممن آثر الحياة الدنيا واستبدل دنياه بدينه والعياذ بالله، وقانا الله الفتن ووفقنا إلى ما فيه الخير والصواب.

* * *

بسم الله الرحمن الرحيم

التأمين بين الشريعة الإسلامية والقوانين الوضعية

الفصل الأول

التأمين فى القوانين الوضعية

ويشتمل على تمهيد وعدة مباحث:

التمهيد: حول نشأة التأمين وتطوره.

المبحث الأول: تعريف التأمين لغة واصطلاحًا.

المبحث الثانى: أقسام التأمين.

المبحث الثالث: أركان التأمين.

المبحث الرابع: خصائص التأمين.

المبحث الخامس: وظائف التأمين.

التمهيد

نشأة التأمين وتطوره فى القانون الوضعى

البذور الأولى للتأمين:

هناك رأى قائل بأن فكرة التأمين نشأت منذ أقدم التاريخ الإنسانى، وأنها جاءت مصاحبة لوجود الإنسان على ظهر الأرض؛ حيث تعرض الإنسان منذ الوهلة الأولى للمخاطر؛ ولذلك سعى جاهدًا ليؤمن حياته ومستقبله، ويقلل ما استطاع من خسائره وآلامه؛ فلجأ إلى الجبال والكهوف والمغارات عندما كان بدائيًّا؛ ليحمى نفسه من غوائل الطبيعة وعاديات الزمان. ثم اشتدت به الحاجة إلى الأمن فكون أسرة، ولكنها لم تف بحاجات الحماية، فلجأ إلى تكوين القبيلة ثم الدولة؛ ليأمن على نفسه الاعتداء والغيلة، وينعم بالأمن والأمان[١] .

وهناك من يرى أن فكرة التعاون والتكافل التى سادت فى المجتمعات قديما هى البذرة الأولى أو النواة الأولى لفكرة التأمين، وأن مبدأ التعاون والتكامل هذا قد صاحب الإنسان منذ نشأته؛ حيث دعا إليه الأنبياء والرسل وأيدها الأباطرة والملوك،

(١) انظر نظرية التأمين التعاونى، د. رجب عبد التواب (رسالة دكتوراة، كلية الحقوق - جامعة القاهرة ١٩٨٦ م) ص (١٧) .

وطبقها أهل الحرف والطوائف، فكان الإمبراطور فى عهد الرومان يعترف بالهيئات والاتحادات الدينية التى كانت تقوم أساسًا على تبادل مبدأ الإغاثة فى حالة الحريق؛ تعضيدًا منه لفكرة التعاون والتكافل(١) .

والتاريخ المسطور على جدران المعابد الفرعونية - وخاصة معابد الأقصر فى الوجه القبلى - يذكر أن قدماء المصريين كونوا جمعيات لدفن الموتى منذ آلاف السنين، والقيام بمراسم التحنيط وبناء القبور المحكمة، وكانت هذه الجمعيات وغيرها تقوم بالمراسم بدلا عن الأعضاء العاجزين عن الإنفاق على موتاهم، وذلك نظير قيام هؤلاء الأعضاء بدفع اشتراك سنوى للجمعية نظير المصروفات التى أنفقتها الجمعية على المراسم المختلفة. وتظهر صيغة التعاقد واضحة بين الشخص العضو وجمعية دفن الموتى؛ حيث يدفع الطرف الأول قسطًا أو اشتراكًا قد يكون سنويًا أو موسميًا فى سبيل أن تقوم الجمعية بتحمل النفقات عند وقوع خطر الموت(٢) .

«وذكر رجال التأمين أن الإغريق كان عندهم مثل هذه المعاملة، فقد قامت جماعة من مُلَّاك العبيد بدفع أقساط معينة عن عبيدهم إلى الجمعيات التى كانت قد أنشئت لهذا الغرض فى مقابل أن تدفع الجمعية لهم ثمن العبد لو هرب من سيده.

كما أسس الرومان جمعيات تعاونية لنقل الموتى، والغرض من تأسيس هذه الجمعيات هو أن تقوم بدفع مصاريف الجنازة كلها فى مقابل أن يدفع كل عضو مبلغًا ضئيلًا من المال كل أسبوع، وهذه الجمعيات لم تزل موجودة إلى الآن فى انجلترا.

كما يذكر رجال التأمين أن التأمين البحرى هو من أقدم أنواع التأمين والشعوب القديمة كالبابليين والفينيقيين والهنود والرومان والإغريق عرفوا ذلك، فقانون حمورابى عام ٢٢٥٠ ق. م كان يشير إلى القرض الذى اعتبره الباحثون فكرة تأمينية، ويقولون إنه وَرَدَ فى تلمود بابل فى القرن السادس بعد الميلاد ما يشير إلى فكرة التأمين ونص عبارتهم: «يستطيع البحارة أن يتفقوا فيما بينهم على أنه إذا فقد أحدهم سفينته فتشيد له سفينة أخرى، فإذا فقد أحدهم سفينة نتيجة خطأه فلا يحق له المطالبة بغيرها، وإذا فقد البحار سفينته نتيجة ذهابه بها إلى مسافة لا تذهب إليها السفن عادة

---

(١) انظر: السابق، الصفحة نفسها .

(٢) انظر: الخطر والتأمين للدكتور سلامة عبد الله (دار النهضة العربية، ط (٤، ١٩٧٤م). ص (١١٤) .

فلا يحق له المطالبة بأن تُشيَّد له سفينة أخرى»

ويُقال بأنه ظهر من الوثائق القديمة أن مستوردى المعدات الحربية فى العصر الرومانى قد طالبوا الحكومة الرومانية بأن تقبل كافة أخطار الفقدان الناشئة من هجمات الأعداء أو من الأعاصير التى قد تحدث لهذه المعدات أثناء شحنها على السفن وقد واجه المؤمِّنون فى ذلك العصر مطالبات بالتعويض الجسيم بسبب الإغراق العمدى للسفن أو إعطاء إقرارات كاذبة قيمتها تساوى أقل بكثير من قيمة التأمين.

وقد كان بعض رجال الأموال يقرضون أصحاب السفن أموالًا تعادل قيمة السفينة وحمولتها فى مقابل فوائد باهظة، فلو غرقت السفينة ضاع على المُقْرِضِ مبلغ القرض وفوائده، واحتفظ صاحب السفينة بمبلغ القرض وفوائده، ولو وصلت السفينة سليمة ردَّ صاحبها القرض مع الفوائد للمقرض نظرًا لتحمله جميع مخاطر الرحلة.

وفى أوائل القرن السابع الميلادى بزغ نور الإسلام، فأرسل الله نبيه محمدًا ﷺ هاديًا ومبشرًا ونذيرًا وحرزًا للأميين، أرسله برسالة خاتمة ومنهج كامل صالح لكل زمان ومكان ينظم الحياة الإنسانية، عن طريق ما وضعه من نظم وأحكام منصوص عليها فى الكتاب الخالد القرآن الكريم الذى: ﴿لَّا يَأْتِيهِ ٱلْبَٰطِلُ مِنۢ بَيْنِ يَدَيْهِ وَلَا مِنْ خَلْفِهِۦ ۖ تَنزِيلٌ مِّنْ حَكِيمٍ حَمِيدٍ﴾ [فصلت: ٤٢] وفى سنة المصطفى - عليه الصلاة السلام - جاء بيانها.

ولقد عالج الإسلام المخاطر والأضرار التى قد يتعرض لها الأفراد فى المجتمع الإسلامى بما يتفق مع عقيدة المسلم؛ فالعلاقة قائمة فى هذا المجتمع على المودة والرحمة، والمحبة والأخوة، والتعاون والتآزر، والإيثار على النفس مع شدة الحاجة، قال الله واصفًا أفراد هذا المجتمع: ﴿وَيُؤْثِرُونَ عَلَىٰٓ أَنفُسِهِمْ وَلَوْ كَانَ بِهِمْ خَصَاصَةٌ ۚ وَمَن يُوقَ شُحَّ نَفْسِهِۦ فَأُو۟لَٰٓئِكَ هُمُ ٱلْمُفْلِحُونَ﴾ [الحشر: ٩]. وقد فرض الله حقًّا واجبا فى أموال المسلم وحث على الإنفاق الاختيارى؛ لوقاية المجتمع المسلم مما يتعرض له من مخاطر وأحداث؛ قال الله تعالى: ﴿وَٱلَّذِينَ فِىٓ أَمْوَٰلِهِمْ حَقٌّ مَّعْلُومٌ لِّلسَّآئِلِ وَٱلْمَحْرُومِ﴾ [المعارج: ٢٤، ٢٥]، وقال سبحانه: ﴿يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُوا۟ لَا تُلْهِكُمْ أَمْوَٰلُكُمْ وَلَآ أَوْلَٰدُكُمْ عَن ذِكْرِ ٱللَّهِ ۚ وَمَن يَفْعَلْ ذَٰلِكَ فَأُو۟لَٰٓئِكَ هُمُ ٱلْخَٰسِرُونَ وَأَنفِقُوا۟ مِن مَّا

رَزَقْنَٰكُم مِّن قَبْلِ أَن يَأْتِىَ أَحَدَكُمُ ٱلْمَوْتُ فَيَقُولَ رَبِّ لَوْلَآ أَخَّرْتَنِىٓ إِلَىٰٓ أَجَلٍ قَرِيبٍ فَأَصَّدَّقَ وَأَكُن مِّنَ ٱلصَّٰلِحِينَ﴾ [المنافقون: ٩، ١٠]

ولعلنا نشير فى هذه العجالة إلى صورتين من صور التعاون فى المجتمع الإسلامى لدرء المخاطر عن الأفراد:

الصورة الأولى: عندما هاجر المسلمون من مكة إلى المدينة فارين بدينهم تاركين أموالهم وأرضهم ووطنهم وأهليهم؛ حتى إن الرجل لكان يعصب الحجر على بطنه ليقيم به صلبه من الجوع، فاستقبلهم الأنصار من أهل المدينة وأنزلوهم منازلهم وأشركوهم فى أموالهم، فقد روى البخارى عن الحكم بن نافع عن شعيب عن أبى الزناد عن الأعرج عن أبى هريرة قال: قالت الأنصار: اقسم بيننا وبين إخواننا النخيل، قال: لا، فقالوا: أتكفوننا المؤنة ونشرككم فى الثمرة؟ قالوا: سمعنا وأطعنا»[1]؛ فأنزل - تبارك وتعالى - قوله: ﴿وَٱلَّذِينَ تَبَوَّءُو ٱلدَّارَ وَٱلْإِيمَٰنَ مِن قَبْلِهِمْ يُحِبُّونَ مَنْ هَاجَرَ إِلَيْهِمْ وَلَا يَجِدُونَ فِى صُدُورِهِمْ حَاجَةً مِّمَّآ أُوتُوا۟ وَيُؤْثِرُونَ عَلَىٰٓ أَنفُسِهِمْ وَلَوْ كَانَ بِهِمْ خَصَاصَةٌ وَمَن يُوقَ شُحَّ نَفْسِهِۦ فَأُو۟لَٰٓئِكَ هُمُ ٱلْمُفْلِحُونَ﴾ [الحشر: ٩]

والصورة الثانية: حدثت فى عهد الخليفة الراشد الخامس عمر بن عبد العزيز، فقد كتب إلى عبد الحميد بن عبد الرحمن - وهو بالعراق -: أن أخرج للناس أعطيتهم، فكتب إليه عبد الحميد: إنى قد أخرجت للناس أعطيتهم، وقد بقى فى بيت المال مال، فكتب إليه: أن انظر كل من ادان من غير سفه ولا سرف فاقض عنه، فكتب إليه: إنى قضيت عنهم وبقى فى بيت مال المسلمين مال، فكتب إليه: أن انظر كل بكر ليس له مال؛ فشاء أن تزوجه فزوِّجه، وأصدق عنه، فكتب إليه: إنى قد زوجت كل من وجدت، وقد بقى فى بيت مال المسلمين مال، فكتب إليه بعد مخرج هذا: أن انظر من كانت عليه جزية فضعف عن أرضه فأسلفه ما يقوى به على عمل أرضه، فإنا لا نريدهم لعام أو عامين[2].

وتوجد صور أخرى فى الإسلام إلزامية واختيارية ينفق فيها العبد المال سدًّا للحاجات ومساعدة للمحتاجين؛ مثل: الهبات والنذور والكفارات... إلخ.

---

(١) تفسير القرآن العظيم لابن كثير (دار الحديث، القاهرة) ٤/ ٣٣٧.
(٢) الأموال لأبى عبيد القاسم بن سلام (دار الفكر والكليات الأزهرية، ١٩٧٥م، ٢/ ٣١٩.

ظهور التأمين الوضعى الحديث:

«ويرى أكثر رجال التأمين أن أقدم عقد فى التأمين البحرى ظهر فى إيطاليا عام ١٣٤٧م ولم يكن يختلف عن طريقة القرض البحرى، وقد ساعد على انتشاره الإيطاليون الذين هاجروا من بلادهم واستقروا فى بعض بلدان أوروبا كفرنسا وإسبانيا وبلجيكا، ثم عرفت انجلترا وهولندا وألمانيا تقاليد التأمين البحرى من تلك الدول وبخاصة بلجيكا، وقد ظلّ التأمين البحرى خاضعًا للتقاليد العرفية فلم توضع له التشريعات إلّا فى القرن الخامس عشر، وكان الإسبان والبرتغاليون أول مَنْ أصدروا تشريعات خاصة لهذا النوع من التأمين، ومن أشهر هذه التشريعات أوامر برشلونه الأربعة التى صدرت فى السنوات ١٤٣٦ - ١٤٥٨ - ١٤٦١ - ١٤٨٤ ميلادية، وفى عام ١٦٠١م صدر أول قانون انجليزى خاص بالتأمين البحرى.

وقد اقتصرت مباشرة هذا النوع من التأمين على الأفراد الذين كانوا يقومون بعمل الصيارفة أو مقرض النقود، وكانت عملية التأمين البحرى تتم عن طريق سماسرة يقومون بالطواف على المؤمِّنين؛ لتحديد أجزاء التأمين المقبولة منهم، والحصول على توقيعاتهم على وثيقة التأمين حتى نهاية الربع الأول من القرن الثامن عشر؛ حيث أنشئت شركتى: لندن للتأمين، والبورصة الملكية للتأمين، ثم توالى بعد ذلك ظهور شركات التأمين البحرى فى باقى الدول الأوربية، ثم انتقل إلى القارة الأمريكية وباقى دول العالم[١] .

«وإذا كان التأمين على السفينة وحمولتها عُرِف فى تلك الحقبة من الزمن، فهذا يعنى أن التأمين على الحياة سار جنبًا إلى جنب مع التأمين البحرى فملّاحو السفينة وركابها يُعتَبرون أيضًا ضمن حمولتها.

وعقب حريق هائل شب فى لندن عام ١٩٦٦ التهم آلاف المبانى اتجهت شركات التأمين البحرى إلى التأمين من الحريق، وانتشر هذا النوع من التأمين خلال القرن الثامن عشر، وظهرت شركات كثيرة للتأمين من الحريق فى إنجلترا وألمانيا والولايات المتحدة الأمريكية وفرنسا[٢] .

---

(١) نظرية التأمين التعاونى للدكتور رجب عبد التواب ص ٢٢ .

(٢) نظرية التأمين التعاونى للدكتور رجب عبد التواب ص٢٣ .

وفى القرن الثامن عشر بدأ التأمين على الحياة فى الظهور، وكان قبل ذلك - كما قدمنا قبل قليل - تابع للتأمين البحرى، واعتبر هذا النوع من التأمين عند ظهوره مقامرة على حياة الإنسان، الأمر الذى حدا بالمشرع فى كثير من الدول إلى تحريمه؛ لأن حياة الإنسان لا يجوز أن تكون موضوعًا للمقامرة، وهو يخالف النظام العام؛ لأنه قد يغرى المستفيد من التأمين بقتل المؤمَّن على حياته، ويخالف محاسن الآداب؛ لأنه يَرِدُ على حياة الناس، وحياة الإنسان لا تقدر بمال، ولا يجوز أن تكون الحياة الإنسانية محلًّا للاتجار، ولا أن تكون وفاة الشخص مصدرًا لاكتساب غيره مالا من الأموال، ومع هذا أخذ هذا النوع من أنواع التأمين فى الانتشار فى القرن التاسع عشر[١] .

وقد أدى قيام الثورة الصناعية والتقدم العلمى الحديث، وما يترتب عليهما من زيادة الآلات الموجودة وانتشارها، مثل السيارات والماكينات الصناعية، ووسائل النقل البرى والبحرى والجوى، إلى ظهور التأمين، وهكذا فرضت ظروف الحياة التماس الأمان من خلال ما أسفر عنه التطور الحضارى من مخاطر أدت إلى وجود التأمين بأنواعه المختلفة.

وفى القرن العشرين قامت شركات التأمين بتغطية المخاطر التى تنشأ عن النقل الجوى، سواء المخاطر التى تتعرض لها الطائرات نفسها أو ما تنقله من أشخاص وبضائع، كما ظهرت صور جديدة للتأمين، منها التأمين من السرقة والتبديد، والتأمين من تلف المزروعات وموت المواشى، والتأمين من أخطار الحروب، والتأمين من المسئولية عن الغير . . . إلى آخر أنواع التأمينات المعروفة[٢] .

وقد بلغ انتشار التأمين وتعدد صوره ووسائله فى العصر الحديث إلى حد شموله كل أوجه النشاط الإنسانى والأخطار التى يتعرض لها الأفراد فى أموالهم وأشخاصهم، وساعد على ذلك ظهور كثير من الصناعات واكتشاف كثير من الاختراعات؛ مما تعقدت معه الحياة الحديثة، وزادت المخاطر وكثرت، ومن ثم فقد يتعرض الإنسان لفقد كل ما يملك؛ لذلك أصبحت حاجته ماسة إلى تأمين هذه الأخطار حتى لا يتحمل نتائجها وحده.

(١) السابق ص ٢٣ .
(٢) انظر السابق ص ٢٣ .

البيئة الاقتصادية والاجتماعية التى ظهر فيها التأمين الوضعى الحديث:

أوربا هى مهد التأمين الوضعى الحديث، وبينّا سابقًا أن أول أنواع التأمين ظهورًا هو التأمين البحرى؛ لتغطية المخاطر التى يتعرض لها التجار الذين يجوبون عرض البحار، ثم ظهرت الأنواع الأخرى متتالية بعد ذلك.

وفى الفترة التى بدأ فيها ظهور التأمين الوضعى ساد أوربا - بل العالم - مجموعة من التحولات، فقبل هذه الفترة بقليل امتدت الفتوحات الإسلامية إلى شواطئ البحر الأبيض المتوسط؛ حيث بسط الإسلام نفوذه على شمال إفريقية والأندلس وصقلية حتى وصلت إلى شواطئ فرنسا الجنوبية(١) .

وكانت أوربا فى تلك الفترة وحتى نهاية القرن الخامس عشر يحكمها ما اصطلح على تسميته بعهد الإقطاع؛ حيث اقتصر العمل على الطبقات الدنيا أو ما يعرف برقيق الأرض، وفى الفترة من نهاية القرن الخامس عشر وحتى منتصف القرن الثامن عشر تكونت طبقة جديدة ذات ثراء واسع ورءوس أموال ضخمة، جمعت هذه الأموال من التجارة والنهب والسلب والاغتصاب والاسترقاق والقضاء على شعوب وقبائل بأسرها خلال التوسعات الأوربية التى قامت بها أوربا خلال الفترة المشار إليها، وساعدهم على ذلك اكتشاف فاسكو دى جاما لطريق رأس الرجاء الصالح، واكتشاف جزر ومناطق من أمريكا الجنوبية والوسطى مهدت لفتح أوربا لهذه البلدان، إضافة إلى استعمارها دولا كثيرة من إفريقية وآسيا، فتدفقت الأموال على أوربا الغربية، مما أدى إلى تكوين طبقة الرأسمالية والنظام الرأسمالى الذى لا يزال سائدًا حتى الآن(٢) .

ومنذ منتصف القرن الثامن عشر تقريبًا تقدمت أساليب الإنتاج وفنونه فى الصناعة والزراعة والمصانع الآلية، واستمر ذلك فى القرن التاسع عشر الذى شهد توسعًا أوربيًا مقيتًا تجاه الشرق، واحتلال بلدانه ونهب ثرواته؛ مما كان له أثره على الشعوب المحتلة التى انتشر بينها الفقر والتخلف والأمراض والعاهات والبطالة.

وبذلك تتبلور الحالة الاجتماعية والاقتصادية التى كان يعيشهما الناس إبان ظهور

---

(١) انظر: الإسلام الفاتح للدكتور حسين مؤنس (سلسلة دعوة الحق، رابطة العالم الإسلامى، العدد الرابع، ١٤٠٤هـ) ص ٧٨ .

(٢) انظر: نظرية التأمين التعاونى للدكتور رجب عبد التواب ص٢٤ .

ما يعرف بالتأمين، وأن المجتمع العالمى كان يسود النظام الرأسمالى.

وهذا المجتمع الرأسمالى له خصائصه الاجتماعية والاقتصادية أهمها:

١ - انقسام المجتمع إلى طبقتين رئيسيتين:

أ - طبقة الرأسماليين: وهم أصحاب المشروعات الرأسمالية، وبصفة خاصة من يسيطرون على المشروعات الصناعية والتجارية والمالية، وهى التى تتحمل الأخطار وما قد ينجم عنها من خسائر، وفى الوقت نفسه تدر أرباحًا طائلة تساعدها على تحمل مثل هذه المخاطر ونتائجها.

ب - طبقة العمال والموظفين: ويمثلون قوة العمل التى تقوم بتشغيل المشروعات الرأسمالية.

٢ - حرية التملك وحرية ممارسة النشاط الاقتصادى:

للأفراد حرية تملك سائر أموال الإنتاج والاستهلاك ملكية كاملة، وللأفراد أن يقيموا مشروعاتهم ويستثمروا أموالهم حسب ما يرونه، ومن ثم فالملكية الخاصة هى القاعدة العامة التى يقوم عليها النظام الرأسمالى.

٣ - استهداف الربح واحتكار الثروة:

نلاحظ أن هدف الربح هو الروح المسيرة للنشاط الرأسمالى، وهو الغاية من إنشاء المشروعات الرأسمالية والمسير لنشاطها والمكيف لشئونها، وقد أدى هذا الدافع إلى تركيز الأموال فى أصول المشروعات وتضخيم طاقتها الإنتاجية والسعى إلى احتكار رءوس الأموال، فتحقيق أقصى ربح هو غاية النظام الرأسمالى.

٤ - الفائدة وسعر الفائدة:

الإقراض والاقتراض بسعر الفائدة ارتبط ارتباطًا وثيقًا بالنظام الرأسمالى ونشأة البنوك التجارية ودورها فى خلق الائتمان أو خلق النقود، بمعنى المتاجرة فى النقود؛ حيث تلوّح لأصحاب المدخرات بسعر الفائدة؛ لتجذبهم ثم تقرض المستثمرين وأصحاب المشروعات بسعر أعلى.

٥ - الدورة الاقتصادية والكساد والبطالة والتضخم:

ارتبط النظام الرأسمالى بالدورة الاقتصادية، ونتج عنه كساد وبطالة وتضخم:

فأما ما يعرف بالدورة الاقتصادية: فهو توالى فترات الرخاء والكساد الواحدة تلو الأخرى؛ حيث ينخفض مستوى النشاط الاقتصادى ويقل الإنتاج وتتراجع الأسعار

وتنكمش الدخول وتزداد البطالة وتكثر حالات الإفلاس.

أما التضخم: فيعتبر من أهم أمراض الاقتصاديات الرأسمالية؛ حيث تجد نفسها فجأة فريسة للتضخم وانطلاق الأسعار وتفتت قيمة الوحدة النقدية وتقلص قيمتها الشرائية؛ مما يؤدى إلى انخفاض الدخول الحقيقية لفئات كثيرة من السكان تجد نفسها عاجزة عن اللحاق بحركة الارتفاع فى تكاليف المعيشة.

وتعتبر مشكلة البطالة أخطر مشكلات النظام الرأسمالى، وهى فى هذا النظام أنواع عدة: البطالة الدورية الملازمة لظاهرة الدورة الاقتصادية فى فترة الكساد، والبطالة المتوطنة الناجمة عن تباطؤ نمو الاقتصاد الرأسمالى وعجزه حتى فى أشد السنوات رخاء عن استيعاب جميع أفراد القوى العاملة[١] .

النظام الرأسمالى والتأمين:

يمكن القول: إن التأمين بجميع صوره وأشكاله الحديثة: تجاريًا كان أو تبادليًا أو تعاونيًا أو اجتماعيًا هو وليد النظام الرأسمالى، وذلك راجع لطبيعة هذا النظام القائم على فقدان روح التضامن الاجتماعى: الأسرى أو المجتمعى، وشيوع الإحساس بالقلق وعدم الاطمئنان، واليأس والخوف من المستقبل والبحث عن الأمان.

فقد نشأ التأمين التجارى بغرض تأمين الرأسمالية الصناعية والتجارية من الأخطار التى تتعرض لها، ونشأ التأمين من المسؤلية المهنية لصاحب العمل عن إصابات العمل وجعله إجباريًا . . . وهكذا.

التنظيم التشريعى للتأمين:

قال الدكتور/ عبد الله النجار[٢] شهد القرن العشرون أبرز التنظيمات التشريعية فى كثير من الدول ومنها مصر.

وقد كان التنظيم التشريعى للتأمين فى مصر مقصورا على التأمين البحرى وذلك على غرار ما حدث فى فرنسا وقد نظم القانون هذا النوع من التأمين فى المواد من (١٧٣ : ٢٣٤) من قانون التجارة البحرى.

أما التأمين البرى فلم يضع المشرع له تنظيما فى التقنين المدنى المصرى القديم

---

(١) نظرية التأمين التعاونى ص ٢٨، ٢٩ .

(٢) ينظر عقد التأمين ص (١٧/ ١٩).

(الأهلى والمختلط) ومتأثرا فى ذلك بما سار عليه المشرع فى التقنين المدنى الفرنسى.

وعندما صدر القانون المدنى المصرى الحالى، نظم عقد التأمين فى المواد من (٧٤٧: ٧٥٣)، ثم عرض لأحكام التأمين على الحياة (فى المواد: من (٧٥٤: ٧٦٥). ثم لأحكام التأمين من الحريق فى المواد من (٧٦٦: ٧٧١) وقد تأثر المشرع فى ذلك بقانون التأمين الفرنسى، الصادر فى سنة ١٩٣٠م.

وبالرغم من عدم تنظيم عقد التأمين البرى حتى صدور القانون المدنى المصرى الحالى، فإن هذا لا يعنى عدم الاعتراف بشرعية التأمين البرى وبالقوة الملزمة لهذا العقد، بناء على أن العقد شريعة المتعاقدين، وقد خول مبدأ سلطان الإرادة لأطراف عقد التأمين، الحرية فى إخضاعه للقوانين الأجنبية، واعتبر القضاء الشرط الذى يرد فى عقد التأمين بشأن إخضاعه للقانون الفرنسى الصادر فى ٣٠/ ٧/ ١٩٣٠ شرطا صحيحًا مادام لم يوجدد تنظيم خاص للتأمين فى مصر.

وكان المشرع قد أصدر القانون رقم (٩٢ لسنة ١٩٣٩) الخاص بحماية جمهور المتعاملين مع شركات التأمين، وإخضاعها للرقابة والإشراف، وقد اتجه المشرع بعد ذلك إلى تدعيم الرقابة على شركات التأمين وتوسيعها فأصدر القانون رقم (١٥٦ لسنة ١٩٥٠) الذى حل محل القانون (٩٢ لسنة ١٩٣٩ م).

وقد أدخل هذا القانون الهيئات التى كانت تخرج من نطاق تطبيق القانون السابق، كهيئات تكوين الأموال، وهيئات التأمين البحرى، وإعادة التأمين، وقد أنشأ هذا القانون، مصلحة التأمين التابعة لوزارة المالية، ويتبع هذه المصلحة عدة إدارات تهدف إلى إجراء الرقابة على النواحى الرياضية، والحسابية والفنية، وجمع وتحليل الإحصاءات، والتوفر على الدراسات الفنية والبحوث القانونية، وكذلك عنى هذا القانون بتنظيم إجراءات تسجيل هيئات التأمين فى مصر، والمستندات الواجب تقديمها عند التسجيل.

وقد صدر القانون رقم ٢٣ لسنة ١٩٥٧، قاضيا بتمصير شركات التأمين ونص هذا القانون على أنه لا يجوز تسجيل أية هيئة تأمين فى مصر إلا إذا كانت متخذة شكل مساهمة مصرية، وأن تكون أسهمها جميعا أسمية مملوكة لمصريين دائما، وألا يقل رأس مال الشركة المدفوع عن خمسين ألف جنية، كما اشترط هذا القانون أن يكون

جميع أعضاء مجلس إدارة هيئة التأمين والمسئولين عن الإدارة فيها من المصريين، كما منح القانون هيئات التأمين القائمة والأجنبية مهلة لإجراء عملية التمصير.

ثم صدر القانون (رقم ١٩٥ لسنة ١٩٥٩م) الخاص بهيئات التأمين، ليحل محل القانون (رقم ١٥٦ لسنة ١٩٥٠) الذى كان معمولا به فى الاقليم المصرى والقانون (رقم ٢٣ لسنة ١٩٥٧)، المرسوم التشريعى رقم (١٢ بتاريخ ٨ حزيران سنة ١٩٤٩)، الذى كان معمولا به فى الأقليم السورى.

المبحث الأول

تعريف التأمين

التأمين لغة:

التأمين من «أَمِن»، أَمْنًا وأمانًا وأمانة وأَمَنًا وإِمْنًا وأَمَنةً: اطمأن ولم يخف، والأمن ضد الخوف، وأصله طمأنينة النفس وزوال الخوف، يقال: أَمَّنه تأمينًا، وائتمنه واستأمنه، وكلها بمعنى واحد[(١)].

ولقد جاء التنزيل الكريم بهذا، قال الله تعالى: ﴿مَا لَكَ لَا تَأْمَنَّا عَلَىٰ يُوسُفَ﴾ [يوسف: ١١]، وقال سبحانه: ﴿رَبِّ ٱجْعَلْ هَٰذَا ٱلْبَلَدَ ءَامِنًا﴾ [إبراهيم: ٣٥].

ومعنى هذا أن التأمين مأخوذ من الأمن، والأمن يعنى الطمأنينة وعدم الخوف، ومن ثم أطلق على هذا النوع من العقود التى بسببها يطمئن الإنسان على نفسه وأهله وممتلكاته من عوارض الحياة وأخطارها مصطلح «تأمين».

التأمين فى اصطلاح أهل القانون:

عرف أهل القانون الوضعى «التأمين» بتعريفات عدة، أبرزها:

١ - ما جاء فى المادة (٧٤٧) من القانون المدنى المصرى من أن: «التأمين عقد يلزم المؤمن بمقتضاه، أن يؤدى إلى المؤمن له، أو المستفيد الذى اشترط التأمين لصالحه مبلغا من المال، أو إيرادا مرتبا أو أى عوض مالى آخر، فى حالة وقوع الحادث، أو تحقق الخطر المبين بالعقد وذلك نظير قسط أو أية دفعة مالية أخرى

---

(١) انظر القاموس المحيط للفيروزآبادى مادة (أمن)، طبعة الهيئة المصرية العامة للكتاب ٤/ ١٩٤، وتاج العروس للزبيدى مادة (أمن) الطبعة الأولى ١٣٥٦هـ ٩/ ١٢٤، والمعجم الوسيط مادة (أمن)، مكتبة الصحوة ص ٢٨ .

يؤديها المؤمن له للمؤمن»[١].

ويتبين من هذا التعريف أن التأمين يقوم على أساس؛ وهو: توقع حدوث خطر يخشى وقوعه، ويهدف المؤمَّن له تحاشيه أو دفعه عنه أو التخفيف منه - إذا وقع - عن طريق العوض المالى الذى يتقاضاه نظير ما كان يدفعه للمؤمِّن وقت اليسر، أو بعبارة أخرى: نظير قسط التأمين الذى التزم به المؤمن له.

والواضح أن التعريف يشتمل على أركان عقد التأمين: المؤمِّن، والمؤمَّن له، وهما طرفا العقد، غير أنه قد يوجد شخص آخر يتقاضى مبلغ التأمين غير المؤمن له، ويسمى بالمستفيد.

ويشمل التعريف أيضًا التأمين ضد الأضرار والتأمين على الأشخاص على حدٍّ سواء.

ويعلق الدكتور عبد الله مبروك على هذا التعريف بقوله: ورغم أن هذا التعريف يمتاز بإيضاحه للعلاقة بين المؤمن والمؤمن له، وهى علاقة قانونية، فهو مع ذلك لم يشر إلى اعتبار التأمين عقدا تعويضيا، يراد به تعويض المؤمن له عن خسارة احتمالية، كما أنه لم يوضح الأسس الفنية التى يقوم عليها التأمين»[٢]

٢ - ومن التعريفات أيضًا: ما قاله بعضهم؛ من أن التأمين: «عقد يتعهد بمقتضاه شخص - يسمى: المؤمِّن - بأن يعوض شخصًا آخر - يسمَّى: المؤمَّن له - عن خسارة احتمالية يتعرض لها هذا الأخير مقابل مبلغ من النقود؛ هو القسط الذى يقوم المؤمَّن له بدفعه إلى المؤمِّن»[٣].

وهذا التعريف - وإن كانت له صبغته القانونية باعتباره عقدًا تعويضيًّا يتم بين المؤمن والمؤمن له - قد يصدق على الرهان؛ إذ فيه يلتزم أحد المتراهنين بأن يؤدى إلى المتعاقد الآخر مبلغًا من المال فى حالة وقوع الحادث أو تحقق الخطر المبيَّن فى

---

(١) عقد التأمين (١٤ - ١٥).

(٢) عقد التأمين ومدى مشروعيته فى الفقه الإسلامى - دراسة مقارنة للدكتور عبد الله مبروك النجار (دار النهضة العربية، الطبعة الأولى ١٤١٥ هـ - ١٩٩٤م) ص ١٦ .

(٣) الخطر فى التأمين البحرى للدكتور محمود سمير الشرقاوى (دار القومية للطباعة ١٣٨٥هـ، القاهرة) ص١ ، والتأمين فى الشريعة والقانون للدكتور شوكت محمد عليّان (دار الشواف، الرياض، الطبعة الثالثة ١٤١٦ هـ - ١٩٩٦ م) ص ١٧ .

العقد[١] .

ومن التعريفات كذلك ما جاء فى المادة (٩٨٣) من القانون العراقى رقم (٤٠) لسنة ١٩٥١ من أن (التأمين عقد به يلتزم المومَّن أن يؤدى إلى المؤمَّن له أو إلى المستفيد مبلغًا من المال أو إيرادًا مرتبًا أو أى عوض مالى آخر فى حالة وقوع الحادث المؤمَّن ضده وذلك فى مقابل أقساط أو أية دفعة أخرى يؤديها المؤمَّن له للمؤمِّن).

ولعل هذا التعريف قريب فى المعنى من سابقيه، غير أنه نص صراحة على الطرف الثالث: المستفيد، ومن ثم فهو أوضح فى الدلالة على عقد التأمين؛ لولا أنه لا ينفك عن المحذور الذى أخذ على سابقه.

٤ - ولعل خير تعريف للتأمين هو تعريف العالم الفرنسى «هيمار» ؛ حيث يعرفه بأنه: «عملية يحصل بمقتضاها أحد الطرفين وهو المؤمن له نظير دفع قسط على تعهد لصالحه، أو لصالح الغير، من الطرف الأخر وهو المؤمن، بمقتضاه يدفع هذا الأخير أداء معينا عند تحقق خطر معين، وذلك عن طريق تجميع مجموعة من المخاطر وإجراء المقاصة بينها وفقا لقوانين الإحصاء.

ويتميز هذا التعريف عما سبقه من تعريفات باشتماله على أهم أساس يقوم عليه عقد التأمين، وهو توزيع الخسائر بين المؤمن لهم، بجانب بيانه للعلاقة بين المؤمَّن له والمؤمِّن، فضلا، عن أنه ينطبق على جميع عناصر التأمين، وهى: طرفا العقد: المؤمَّن له والمؤمِّن، والخطر المؤمَّن منه، والقسط، والمبلغ الذى يدفعه المؤمِّن عند تحقق الخطر، كما أنه يصدق على التأمين من الأضرار، والتأمين على الأشياء والأشخاص، كما يصدق كذلك على التأمين التعاونى والتأمين ذى الأقساط الثابتة، ومن ثم فهو يجمع بين العنصرين: الفنى والقانونى.

المبحث الثانى

أنواع التأمين وأقسامه

للتأمين أنواع مختلفة، والخطر هو محور هذه الأنواع من الناحية الشكلية (الفنية) أى إدارة الخطر وتنظيمه من الناحية الشكلية، أو من الناحية الموضوعية، وسوف

---

(١) انظر التأمين فى الشريعة والقانون ص ١٧ .

نبين من خلال هذا التفصيل أنواع التأمين المختلفة:

أولا - التقسيم الشكلى (الفنى) للتأمين:

وهذا التقسيم قائم على اعتبار الهيئات أو الجهات التى تنظم التأمين وتديره، وبعبارة أخرى: الشكل الذى تتخذه هيئة التأمين فى إدارة عمليات التأمين، وينقسم التأمين فى هذه الحالة إلى:

(١) التأمين التعاونى (التبادلى).

(٢) التأمين التجارى (التأمين بقسط ثابت).

(٣) التأمين الذاتى.

(٤) التأمين الاجتماعى.

(٥) التأمين الحكومى.

وبعد هذا الإجمال يأتى التفصيل، وهو على النحو الآتى:

النوع الأول: التأمين التبادلى (التعاونى):

الأصل فى هذا النوع قيام جماعات من الناس بتأمين أنفسهم عن طريق تعويض الأضرار التى قد تصيب أحدهم عند تحقق خطر معين، وهذا النوع من التأمين لا تقوم به هيئة مستقلة، وإنما يقوم به المؤمن لهم أنفسهم، ولا يهدف إلى تحقيق ربح فالأشخاص المنتفعون به، هم الذين يقومون بدور المؤمن والمؤمن له [(١)].

وقد تقوم بذلك جمعيات تضم هؤلاء الأفراد.

وهذه الجماعة يقوم أفرادها بتجميع جزء من مدخراتهم لمواجهة الأخطار التى يتعرضون لها، وهم لا يهدفون إلى الربح من وراء فعلهم هذا، وإنما الغرض تمكين أعضائها من الحصول على خدمات التأمين بأقل التكاليف الممكنة[(٢)].

إذن الأشخاص المنتفعون هم الذين يقومون بصفتى المؤمَّن له والمؤمن؛ لأن كل عضو من أعضاء جماعة التأمين يتبادل مع باقى الأعضاء التأمين.

ويتميز التأمين التبادلى - على هذا - بعدة سمات:

---

(١) ينظر عقد التأمين ص (٧٢).

(٢) فلسفة النظام التعاونى فى المجتمعات الحديثة لجيرى فورهيس، ترجمة عمر القبانى (دار الكرنك للنشر) ص ١٧٦ .

١ - لا يهدف التأمين التبادلى إلى تحقيق ربح لأعضائه، وإنما يهدف إلى توزيع الخسائر الفعلية المحققة عليهم، أو تغطيتها من الاشتراكات المحصلة مقدمًا.

٢ - لا تستقل فى التأمين التبادلى شخصية المؤمن عن شخصية المؤمَّن له، وإنما يربط أعضاء التأمين رابطة مباشرة، فكل منهم مؤمِّن للآخرين، ومؤمَّن له بالنسبة لهم(١) .

مقدار ما يدفعه المشترك فى التأمين التبادلى لا يتخذ طابع الثبات وذلك أن مقدار ما يدفعه كل عضو من المشتركين يتوقف على عدد الحوادث التى تقع خلال السنة ومن ثم فإنه يزيد بزيادتها وينقص بنقصانها، وعلى هذا الأساس فإن كل عضو لا يعلم مقدار ما سيلتزم به مقدما، وإذا أضير أحد الأعضاء المشتركين فى هذا النوع من التأمين فإن المستأمن لا يأخذ إلا جزءًا من التعويض.

وفى محاولة للتقليل من تلك المساوىء غالبا ما يلجأ الأفراد المشتركون فى هذا النوع من التأمين إلى تقدير حد أدنى يفرض ليكون كاشتراك يدفع عند بدء التأمين، وهذا الحد قابل للزيادة بحسب ارتفاع نسبة الحوادث، وغالبًا ما يكفى هذا الحد الأدنى لتغطية الحوداث؛ لأنه يتم تحديده بناء على إحصاءات معينة، فإذا تبقى منه شىء، فإنه يعتبر بمثابة احتياطى يمكن أن يستغل لمواجهة الأخطار والكوارث التى يعجز الحد الأقصى عن تغطيتها.

يقوم التأمين التبادلى على فكرة التضامن بين الأعضاء المؤمنين، فالموسر من الأعضاء يتحمل نصيب المعسر، ومن المؤكد أن التأمين بقسط ثابت لا يوجد فيه تضامن بين المؤمن لهم، ويعتبر المؤمن وحده هو الملزم بدفع مبلغ التعويض عند تحقق الخطر المؤمن منه؛ وذلك لاستقلال المؤمن عن المؤمن له فى هذا النوع من التأمين (٢).

٥ - تقوم شركات التأمين التبادلى باستثمار أموال التأمين فى مشروعات تفيد أعضاء جمعيات التأمين، وتحقق لهم ربحًا.

٦ - تقوم جمعيات التأمين التبادلى بتغطية الأخطار التى تقوم بتغطيتها الشركات التجارية، خاصة تأمينات الحياة وتأمينات القروض وتأمين الحروق والآفات الزراعية

(١) نظرية التأمين التعاونى للدكتور رجب عبد التواب ص٥٤ .
(٢) ينظرعقد التأمين ص (٧٢).

والحوادث[١] .

المؤمن فى التأمين التعاونى: ويقوم بهذا النوع من التأمين:

أ - إما جمعيات تعاونية لا تهدف إلى الربح، وإنما هدف أعضائها التعاون ويدير الجمعية مجلس إدارة لا يحصل أعضاؤه على مكافأة عدا أمين الجمعية الذى يعطى جزءا من وقته لهذه الإدارة، ولكل عضو فى الجمعية صوت فى الجمعية العمومية لرقابة شئون الجمعية، وهو مايسمى بديمقراطية الإدارة، ولكل شخص الإكتتاب فى الجمعية أو النزول عن إشتراكه لآخر وفقا لنظام الجمعية، والأسهم غير محدودة وهو ما يسمى بالباب المفتوح، ويوزع العائد على الأعضاء أو يضاف إلى قيمة وثيقة التأمين، أو تخصم قيمته من القسط السنوى، ومما يلاحظ أن مصروفات الإدارة بسيطة، وقيمة الأجور محدودة، ولا توجد عمولات للحصول على وثائق تأمين جديدة، ولا مصاريف فحص وتقييم أو تكاليف إعلانات.

وقد تقوم بهذا التأمين شركات تعاونية للتأمين ذات رأس مال متغير، بأن يقبل رأسمالها الزيادة بقبول شركاء جدد، أو بمبالغ جديدة يدفعها الشركاء أو يقبل رأس مالها التخفيض باسترداد بعض ما دفعوه من رأس المال وفى هذه الشركات يحق للشريك الإنسحاب من الشركة مع بقاء الشركة قائمة واستمرار مسئوليته أمام الشركاء ودائنى الشركة لمدة معينة بعد انسحابه، وذلك بالنسبة للالتزامات الموجودة على الشركة فى وقت خروج الشريك، ويجوز تقييد الإنسحاب بإخبار الشركة بالعزم عليه قبل وقوعه بمدة. أو يحق لمجلس الإدارة الرفض بدون تعسف، أو بعدم جواز الإنسحاب إذا هبط رأس مال الشركة إلى حد معين، وأسهم هذه الشركات اسمية، ويتم تدوالها بإثبات ذلك فى سجل خاص، ويجوز النص فى نظام الشركة على حق مجلس الإدارة فى تقييد هذا التداول.

(ج) وكثيرا ما تتجمع الجمعيات التعاونية أو الشركات التعاونية فى اتحاد على المستوى الوطنى أو القومى أو العالمى [٢] .

وتجدر الإشارة إلى أن القانون المصرى رقم (١٠ لسنة ١٩٨١) ينص فى المادة

---

(١) ينظر نظرية التأمين التعاونى (٥٤).
(٢) ينظر عقد التأمين ص (٧٥ - ٧٦).

(٢٢) منه على أنه: يسرى على جمعيات التأمين التعاونى فيما يتعلق بمزوالة نشاطها وانتهاء أعمالها الأحكام التى تسرى على شركات التأمين.

النوع الثانى: التأمين التجارى (التأمين بقسط ثابت):

التأمين التجارى أقدم أنواع التأمين الحديث، وهو نوع لا يمكن أن تمارسه قانونًا إلا شركات المساهمة التى يكون فيها شخص المؤمِّن متميزًا عن أشخاص المؤمَّن لهم، ويسعى المؤمِّن إلى تحقيق الربح عن طريق إجراء المقاصة بين المخاطر فيوزع تلك المخاطر على المؤمن لهم فى صورة أقساط سنوية ثابتة يحددها باللجوء إلى الإحصائيات وحساب الاحتمالات، وهذا القسط الذى يقع على عاتق المؤمن له لا يقبل فى الأصل تغييرا بحسب ما تحقق من مخاطر، وكما أن المؤمن هو الذى يتحمل تبعة ما يتحقق من مخاطر، فإن الربح يعتبر كمبدأ من حق شركة التأمين، ويلتزم المؤمن وحده بدون تضامن، مع المؤمن لهم، بدفع مبلغ التأمين عند تحقق الخطر.

ومعنى هذا أن المؤمن يلتزم بدفع العوض المالى (القسط) إلى المؤمَّن له عند تحقق الخطر مقابل أقساط محددة يلتزم المؤمَّن له بدفعها[١] .

وتأخذ مشروعات التأمين التجارى أشكالا ثلاثة:

١ - صورة المشروعات الفردية التى يمتلكها ويقوم بإدارتها الأفراد، وقد قَلّ هذا النوع من التأمين.

٢ - التأمين بالاكتتاب، ومن أشهر الجماعات التى تقوم بهذا النوع من التأمين جماعة اللويدز فى لندن، والتى تكونت عام ١٦٨٨ للقيام بأعمال التأمين البحرى بغرض الربح، وتساعد جماعة اللويدز أعضاءها فى مزاولة التأمين؛ فالهيئة لا تتعاقد مع المؤمَّن لهم، ولا تحصِّل منهم أقساطًا، ولا تلتزم بدفع تعويضات عند تحقق الخطر، وإنما يقوم أعضاء الجماعة بالتأمين، وتكون مسئولية العضو مسئولية غير محدودة لدفع التزاماته للمؤمَّن لهم[٢] .

ويتم التأمين فى غرفة الاكتتاب عن طريق أحد السماسرة المعتمدين من اللويدز،

---

(١) انظر: نظرية التأمين التعاونى للدكتور رجب عبد التواب ص ٥٥ .

(٢) انظر: السابق، الصفحة نفسها .

ويقوم السمسار بتحرير وثيقة يبين فيها تفصيلات الخطر الذى يراد التأمين منه، والمبلغ، والقيمة الأصلية للشىء موضوع التأمين، وتمرر الوثيقة على الأعضاء؛ ليكتتب كل منهم بالنسبة التى يقبلها؛ ويدفع السمسار لكل عضو حصته من القسط المحصل من المؤمَّن له، وفى حالة وقوع الخسارة يتحمل كل عضو حصته من الخسارة بنسبة المبلغ الذى اكتتب به[١]

٣ - الشركات المساهمة للتأمين:

وهذه الشركات هى التى تحتل الآن مركز الصدارة فى سوق التأمين فى عالم اليوم، وتتكون الشركة المساهمة من عدد من الأسهم يمتلكها الأفراد، وتكون مسئولية المساهم فى حدود قيمة الأسهم التى اكتتب فيها. والغرض الأساسى لشركات التأمين المساهمة هو السعى إلى تحقيق الربح من خلال نشاطها التأمينى[٢].

وتتسم هذه الشركات بعدة سمات هى:

- أن هذه الشركات تتوخى تحقيق أرباح ضخمة للمساهمين من خلال عملية التأمين.
- ملكية هذه الشركات تتركز فى يد حملة الأسهم.
- اختيار أعضاء مجلس إدارة الشركات يملكه أيضًا حملة الأسهم.
- استقلال شخصية المؤمِّن عن شخصية المؤمَّن له.
- مسئولية المساهمين تتحدد فى الشركة بقيمة الأسهم التى يمتلكها كل منهم.

تقوم الشركة المساهمة بتحديد مقدار الأقساط التى يلتزم بها المؤمَّن له وفقًا لجداول الإحصاء الموجودة عندها.

- تقوم الشركة المساهمة بتحديد قيمة مبلغ التأمين وقت إبرام العقد[٣].

الفرق بين التأمين التبادلى والتأمين التجارى:

الملاحظ أن التأمين التبادلى تطور تطورًا كبيرًا حتى صار قريبًا من التأمين التجارى، من حيث: تحديد قسط ثابت يدفعه المؤمَّن له، لكن يبقى الفرق بين

---

(١) انظر السابق ص ٥٦ .
(٢) انظر: إدارة منشآت التأمين للدكتور عبد الرحمن عبد الباقى عمر (مكتبة عين شمس ط ١٩٧٣م) ص ٧٥، ونظرية التأمين التعاونى ص ٥٦ .
(٣) انظر: نظرية التأمين التعاونى ص .

النوعين: أن القسط فى التأمين التبادلى يكون أقل منه فى التأمين التجارى، وبصفة عامة تكلفة التأمين التبادلى أقل من التأمين التجارى، كما أن الهدف فى التأمين التبادلى ليس تحقيق الربح، بخلاف التأمين التجارى.

النوع الثالث: التأمين الذاتى:

وهو أن يقوم الشخص بتأمين نفسه من الخطر المتوقع تأمينًا ذاتيًا دون اللجوء إلى الجهات التأمينية، سواء كانت جمعية تبادلية أو شركة تأمين تجارية[١].

ويتميز التأمين الذاتى بأنه:

- يعفى المؤمَّن له من المشاركة فى تحمل الخسارة المالية المتحققة مع باقى الأعضاء فى التأمين التبادلى.

- يعفى المؤمَّن له من دفع الأقساط إذا ما نقل عبء الخطر إلى شركات التأمين التجارى.

- يقوم المؤمَّن له باستثمار المبالغ التى يجنيها للتأمين ويعوض نفسه منها أو من أرباحها كلما تحققت له خسارة مالية.

- يمكّن مثل هذا النوع من التأمين المؤمَّن له من سرعة تغطية الخطر إذا وقع، ولا ينتظر أن تصرف له جهة التأمين مبلغ التأمين.

- يعفى المؤمَّن له من تقديم الأوراق والمستندات والوثائق الدالة على وقوع الخطر وحجمه، ومن ثم يحميه من الدخول فى الوقوع فى منازعات قضائية إذا حدث خلل فى البيانات أو المستندات.

- يساعد المؤمَّن له على اتباع احتياطات صارمة لتحاشى تحقيق الخطر؛ تجنبًا لوقوع خسائر أوتحقق ضرر[٢].

النوع الرابع: التأمين الاجتماعى:

التأمين الاجتماعى هو: «تأمين الأفراد الذين يعتمدون فى معاشهم على كسب عملهم من بعض الأخطار التى يتعرضون لها كإصابات العمل، والمرض، والعجز، والشيخوخة، والبطالة»[٣].

---

(١) انظر: الخطر والتأمين للدكتور سلامة عبد الله ص ١٧١ .

(٢) راجع: نظرية التأمين التعاونى ص ٥٣ .

(٣) التأمين للدكتور عبد المنعم البدراوى ص ٥٧ ، وعقد التأمين للدكتور عبد الله مبروك ص ٨٧ .

فهذا النوع من التأمين يتوخى ضمان دخل دائم للطبقة العاملة فى حالات العجز وعدم القدرة على العمل، فغايته تأمين الأفراد من الأخطار التى تعمل على نقص دخولهم أو الذهاب بها بالكلية.

والذى تجدر الإشارة إليه أن التأمين الاجتماعى ليس له شركاته الخاصة به، فقد يقوم بخدماته شركات التأمين التجارى وشركات التأمين التبادلى، أو مؤسسات حكومية تنشأ لهذا الغرض[١] . وينظم هذا النوع من التأمين القانونى رقم (٧٩ لسنة ١٩٧٥) والتعديلات التى طرأت عليه فى شأن التأمين الاجتماعى، وهو يقوم على أساس فكرة التضامن الاجتماعى، ويغلب فيه أن يكون إجباريًا، ولا يقوم الشخص فيه بدفع القسط كاملا، وإنما يتحمل صاحب العمل والدولة دفع الجزء الباقى منه، ويشرف على هذا التأمين الهيئة العامة للتأمينات الاجتماعية، بينما التأمين الخاص تتولاه، شركات التأمين [٢] .

ويتسم هذا النوع من التأمين بعدة سمات، منها:

- أنه يغلب عليه طابع الجبرية؛ حيث يتم إجبار المؤمَّن له على التأمين؛ وبذلك يتميز عن التأمين الخاص[٣] .

- مبلغ التأمين فى التأمين الاجتماعى يتحدد على أساس الضرر الناشئ عن تحقق الخطر، ويتمثل فى المبالغ النقدية والعطاءات العينية التى يحصل عليها المستفيد من التأمين[٤] .

- فى التأمين الاجتماعى يقوم المشرع بتحديد حجم الأخطار المؤمَّن منها والمبالغ المستحقة عند وقوع هذه المخاطر[٥] .

- يوفر التأمين الاجتماعى الحماية للطبقات الفقيرة والمحتاجة فى وقت الحاجة والعجز من مرض وشيخوخة وإصابات . . . إلخ.

---

(١) ينظر عقد التأمين ص (٨٧).
(٢) انظر: الخطر والتأمين للدكتور سلامة عبد الله ص ٤٨١ .
(٣) انظر نظرية التأمين التعاونى ص ٥٨ . والتأمين الخاص أو الفردى: هو ما يبرمه الفرد رغبه منه فى توقى خطر معين أو حادث يقع فى المستقبل، فقوامه الدافع الشخصى .
(٤) انظر: التأمينات الاجتماعية للدكتور عادل العلى (جامعة الموصل ١٩٨١م) ص (١٥) .
(٥) انظر: نظرية التأمين التعاونى ص (٥٩) .

- يحقق التأمين الاجتماعى نوعًا من العدالة الاجتماعية فى توزيع الدخل القومى[١] .

النوع الخامس: التأمين الحكومى:

تطورت صناعة التأمين تطورًا كبيرًا خلال القرن العشرين وظهر تأثيرها الاقتصادى والاجتماعى، وتضخمت رءوس الأموال لدى شركات التأمين؛ مما أثر على حركة الإنتاج والاستثمار والتنمية الاقتصادية والاجتماعية، ولكى تكون الأمور أكثر انضباطًا رأت الحكومات التدخل لتنظيم عمليات التأمين، بل وممارستها.

ويمكن بيان أبرز صور تدخل الحكومات فى صناعة التأمين فيما يلى:

١ - التدخل التشريعى:

نظرًا للتجاوزات التى وقعت من شركات التأمين وهيئاته، لَمَّا كان التأمين حرًّا، وكانت الشركات التأمينية حرة فى التصرفات - نظرًا لهذه التجاوزات - رأت الحكومات وضع التشريعات اللازمة لحماية المؤمَّن له؛ وهو الطرف الضعيف فى عقد التأمين، مع إخضاع هذه الشركات للإشراف الحكومى ورقابته.

ومن أهم التشريعات فى هذا الشأن: ما هو خاص بحماية الطبقة العاملة من أخطار التقدم الصناعى؛ ففرضت التأمين الإجبارى من إصابات العمل، والبطالة، والشيخوخة، والعجز عمومًا، وأخذت بعض التشريعات بالتأمين الإجبارى من المسئولية الناشئة عن حوادث السيارات[٢] .

٢ - ممارسة بعض أنواع التأمين:

قامت كثير من الحكومات بتغطية المخاطر التى رفضت شركات التأمين قبول التأمين منها لزيادة حجم هذه المخاطر، كما قامت الحكومة الفيدرالية الأمريكية بتكوين شركة للتأمين من الأخطار التى تصيب المحاصيل الزراعية، كما قامت بعض الحكومات بالتأمين على الأشخاص من بعض الأخطار ذات الصبغة الاجتماعية، وهو ما يعرف بالتأمينات الاجتماعية، كما هو موجود فى مصر وغيرها[٣] .

---

(١) انظر السابق، الصفحة نفسها .

(٢) انظر: نظرية التأمين التعاونى ص ٦٠ .

(٣) انظر: إدارة منشآت التأمين للدكتور عبد الرحمن عبد الباقى عمر ص ٨١ .

٣ - تأميم التأمين:

حققت شركات التأمين عن طريق الأقساط التى تتقاضاها من المؤمَّن عليهم أموالًا طائلة، وهذه الأموال تعتبر قوة اقتصادية لا يستهان بها يجب أن توظف لتعود على المجتمع بالنفع والخير، ومن ثم اتجهت بعض الحكومات إلى تأميم التأمين كليًّا أو جزئيًّا، كما حدث فى فرنسا التى أممت بقانون ٢٥ إبريل ١٩٤٦ أربعًا وثلاثين شركة من شركات التأمين التى كانت تقوم بثلثى عمليات التأمين فى فرنسا[١] وفى مصر صدر القانون (رقم ١١٧ فى يوليو ١٩٦١) ونص على أن تؤمم جميع البنوك وشركات التأمين، وتئول ملكيتها إلى الدولة، ثم صدر قرار رئيس الجمهورية (رقم ٩٧٠لسنة ١٩٦٢م) بإنشاء المؤسسة المصرية العامة للتأمين ويتبعها جميع شركات التأمين المؤممة، كما تتبعها أيضا الشركة المصرية العامة لإعادة التأمين، وقد اعتبرت المؤسسة الاقتصادية العامة للتأمين مؤسسة عامة ذات طابع اقتصادى ثم صدر أخيرا القانون (رقم ١٠ لسنة ١٩٨١) بشأن الإشراف والرقابة على التأمين فى مصر، وألغى القانون (١١٩ لسنة ١٩٧٥) بشأن الهيئة المصرية العامة للتأمين، ونص فى المادة الأولى، من الباب الأول منه، على أن يشمل التأمين فى نطاق هذا القانون الفروع التالية:

- التأمين على الحياة
- تكوين الأموال.
- التأمين ضد أخطار الحريق والتأمينات التى تحلق به عادة.
- التأمين ضد أخطار النقل البرى والنهرى والبحرى والجوى وتأمينات المسئولية المتعلقة بهما.

التأمين على أجسام السفن، وألاتها، ومهماتها، وتأمينات المسئوليات المتعلقة بها [٢].

- التأمين على أجسام الطائرات، وألاتها، ومهماتها، وتأمينات المسئوليات المتعلقة بها.

---

(١) انظر: الوسيط للسنهورى ٧/ ١١٠٠ .
(٢) ينظر عقد التأمين ص (١٩).

٤ - احتكار التأمين:

فى بعض الدول تم القضاء على الملكية الفردية - كما حدث فى الاتحاد السوفيتى المنهار - فقد تم إحلال ملكية الدولة محل الملكية الفردية فى كل شيء؛ ولذا لم يستقم إجراء التأمين مع الهيئات الخاصة مع هذا النموذج، فأصبح التأمين من حق الدولة هى وحدها التى تقوم به؛ مما شكل نوعًا من احتكار عملية التأمين فى الاتحاد السوفيتى والبلاد التى نهجت نهجه.

ثانيا - التقسيم الموضوعى للتأمين:

يمكن تقسيم التأمين من حيث الموضوع إلى: تأمين برى وبحرى وجوى، وتأمين على الأشخاص، وتأمين على الممتلكات من الأضرار، وتأمين ضد المسئولية الفردية. وإليك تفصيل ذلك:

يدور التقسيم الموضوعى للتأمين حول الخطر المؤمن منه، فالهدف الأساسى هو تعويض المؤمَّن له عن الخسارة المالية الناتجة عن خطر محتمل الوقوع، والتقسيم الرئيسى الذى عليه معظم الشراح هو تقسيم التأمين بحسب طبيعة الأخطار (تأمين بحرى، تأمين برى، تأمين جوى) وتنتمى جميع هذه التقسيمات إلى ثلاثة أنواع من الأخطار: (أخطار الأشخاص، أخطار الممتلكات والأشياء، وأخطار المسئولية المدنية).

ونوجز القول معرفين بهذه الأنواع كالتالى:

أولًا - التأمين البحرى:

سبق بيان أن التأمين البحرى هو أقدم أنواع التأمين، ويقصد به التأمين من المخاطر التى تحدث أثناء النقل البحرى الحاصلة بالسفينة أو بحمولتها أو البضائع التى تحملها[١] .

ولا يدخل فيه التأمين الأشخاص المعرضين لمخاطر البحر، وينظم هذا النوع من التأمين المواد من (١٧٣ - ٢٣٤) من قانون التجارة البحرى، ويدرس ضمن مؤلفات القانون البحرى [٢] .

---

(١) انظر: نظرية التأمين التعاونى ص ٦٣، وعقد التأمين د. عبد الله مبروك ص ٧٧ .
(٢) ينظر عقد التأمين ص (٧٧).

ويقاس على النقل البحرى مخاطر النقل فى مياه الأنهار والترع العامة.

ويعتبر هذا النوع من التأمين البحرى والنهرى تأمينًا من الأضرار أو تأمينًا على الأشياء[١].

ثانيا: التأمين الجوى:

وهذا النوع يغطى خطر النقل بالطائرات من ناحية التأمين على الطائرة وحمولتها، وقد ظهر فى القرن العشرين، ويدخل ضمن موضوعات القانون الجوى، وإن كان البعض يرجح أنه يخضع لأحكام القانون البرى[٢].

ثالثًا: التأمين البرى:

ويغطى هذا اللون من ألوان التأمين جميع المخاطر التى تحدث على البر، سواء تعلقت بالأشخاص أو بالأشياء، ويشمل جميع أنواع الضمان التى يكون القصد منها تعويض الشخص من ضرر يصيب ذمته المالية إذا تحقق الخطر[٣].

وتنتمى هذه التقسيمات، - كما قلنا - إلى نوعين من التأمين من الأخطار، هى:

أولا - التأمين على الأشخاص:

وهذا النوع يسمى (ضمان المبالغ) ؛ لأن المقصود به دفع مبلغ معين من النقود إذا ما حدث خطر معين للإنسان يهدد وجوده أو سلامته ويتحدد هذا المبلغ عند وقوع الخطر؛ لتعويض الخسارة فى دخل المؤمن له أو المستفيد، سواء كانت الخسارة دائمة أو مؤقتة، ومن ثم فموضوع هذا النوع من التأمين شخص المؤمَّن عليه، ويشمل عدة أنواع أبرزها:

١ - التأمين على الحياة:

ويراد به إما مواجهة خطر الموت، وهذا هو التأمين لحالة الوفاة أو عند البقاء عند سن معينة، وهذا هو التأمين لحال الحياة، وقد يكون التأمين على الحياة لأجل محدد، ويدفع المؤمن مبلغ التأمين سواء كان حيًّا أو ميتًا[٤].

---

(١) انظر: نظرية التأمين التعاونى ص ٦٣، وعقد التأمين ص ٧٧ .

(٢) انظر: الوسيط للسنهورى ٧/ ١١٥٦، والتأمين للدكتور عبد المنعم البدراوى ص ١٧٥، وعقد التأمين د. عبد الله مبروك ص ٧٨ .

(٣) انظر: نظرية التأمين التعاونى ص ٦٣، وعقد التأمين ٧٧ .

(٤) عقد التأمين ص (٧٩).

ويشمل هذا النوع عدة أحوال:

الحالة الأولى: التأمين لحالة الوفاة:

ويذكر لها علماء التأمين صورًا ثلاث:

الصورة الأولى: التأمين العمرى أو التأمين لمدى الحياة:

ويموجب هذا التأمين يدفع المؤمِّن مبلغ التأمين للمستفيد وهو عبارة عن رأس مال أو إيراد مرتب مدى الحياة عند وفاة المؤمَّن على حياته، أيًّا كان الوقت الذى تحدث فيه الوفاة، فهو تأمين عمرى؛ لأنه يبقى طول عمر المؤمن على حياته، ولا يستحق مبلغ التأمين إلا عند حدوث هذه الوفاة مهما طال عمره [(١)].

ويعتبر هذا النوع ادخارًا جبريًّا يلجأ إليه رب الأسرة الذى يكون دخله الرئيسى هو كسب عمله، فيدخر من كسبه الأقساط الدورية التى يدفعها للمؤمِّن، وبذلك يضمن لزوجته وأولاده رأس المال أو معاشًا من المال أو راتبًا سنويًّا يقيهم شر العوز عند موته[(٢)].

وقد تصبح هذه الحماية التأمينية غير ضرورية إذا صار أولاده غير محتاجين لمبلغ التأمين؛ لأن لهم موارد أخرى؛ وبذلك يصبح التأمين وسيلة لحصولهم على المال فى شكل هبة من مورثهم.

الصورة الثانية: **التأمين المؤقت**:

وفى هذه الصورة يكون التأمين مؤقتًا بمدة معينة - عشرين سنة مثلًا - إذا مات المؤمَّن على حياته خلالها دفع المؤمِّن مبلغ التأمين للمستفيد، فإن لم يمت فى خلال هذه المدة برئت ذمت المؤمِّن، واستبقى أقساط التأمين التى قبضها[(٣)].

الصورة الثالثة: **تأمين البقيا**:

وهو عقد يلتزم بموجبه المؤمن، فى مقابل أقساط بأن يدفع مبلغ التأمين فى وقت معين إذا كان المؤمن على حياته قد ظل حيا إلى ذلك الوقت، ويغلب أن يكون المؤمن على حياته هو المستفيد. فيستحق مبلغ التأمين إذا بقى على قيد الحياة عند

---

(١) عقد التأمين ص (٨٠).

(٢) انظر: الوسيط للسنهورى ٧/ ١٣٩١، ونظرية التأمين التعاونى ص ٦٤ .

(٣) انظر: الوسيط للسنهورى ٧/ ١٣٩٢، وعقد التأمين للدكتور عبد الله مبروك ص ٨٠، ونظرية التأمين التعاونى للدكتور رجب عبد التواب ص ٦٤ .

حلول الأجل المعين فى وثيقه التأمين، أما إذا مات قبل ذلك فإن التأمين ينتهى، وتبرأ ذمة المؤمن، ويستبقى أقساط التأمين التى قبضها، ويبدو أن حق المستفيد فى التأمين لحالة البقاء حق احتمالى غير مؤكد، إذ أن مبلغ التأمين قد يستحق إذا بقى المؤمن على حياته حيا عند حلول الأجل المعين وقد لا يستحقه إذا مات المؤمن على حياته قبل ذلك [١].

الحالة الثانية: التأمين لحالة البقاء:

وفى هذه الحالة يلتزم بموجبه المؤمن - فى مقابل أقساط - بأن يدفع مبلغ التأمين فى وقت معين إذا كان المؤمن على حياته قد ظل حيا إلى ذلك الوقت، ويغلب أن يكون المؤمن على حياته هو المستفيد، فيستحق مبلغ التأمين إذا بقى على قيد الحياة عند حلول الأجل المعين فى وثيقة التأمين، أما إذا مات قبل ذلك فإن التأمين ينتهى، وتبرأ ذمة المؤمن، ويستبقى أقساط التأمين التى قبضها، ويبدو أن حق المستفيد فى التأمين لحالة البقاء حق احتمالى غير مؤكد، إذا أن مبلغ التأمين قد يستحق إذا بقى المؤمن على حياته حيا عند حلول الأجل المعين وقد لا يستحقه إذا مات المؤمن على حياته قبل ذلك [٢].

وقد يكون مبلغ التأمين رأس مال مجمد يصرف دفعة واحدة، وقد يكون إيرادًا مرتبًا مدى الحياة أو لمدة معينة.

وقد يلجاء المؤمَّن على حياتهم إلى إبرام عقد تأمين مضاد يضمن لهم عدم فقد الأقساط المدفوعة إلى المؤمَّنين إذا ماتوا قبل الأجل المعين؛ وذلك بدفع قسط خاص يضمن لهم ذلك، ويكون هذا القسط كبيرًا، ويسمى التأمين فى هذه الحالة (رأس المال المحتفظ به).

الحالة الثالثة: التأمين المختلط:

ويلتزم المؤمن بموجب العقد فى هذه الحالة فى مقابل أقساط أن يدفع مبلغ التأمين، رأس مال أو إيرادًا مرتبا إلى المستفيد إذا مات المؤمن على حياته فى خلال مدة معينة، أو إلى حياة المؤمن على حياته نفسه إذا بقى حيًّا عند انقضاء هذه المدة

---

(١) ينظر عقد التأمين ص (٨١).
(٢) ينظر عقد التأمين ص (٨١).

المعينة، فهو يجمع بين التأمين لحالة الوفاة إذا مات المؤمن على حياته، فى خلال المدة المعينة، والتأمين لحالة البقاء إذا مات المؤمن على حياته حيا، عند إنقضاء هذه المدة [١].

ومن صور التأمين المختلط: التأمين المختلط العادى، والتأمين المركب، والتأمين لأجل محدد، وتأمين المهور، وتأمين الأسرة.

ولهذا النوع من التأمين وظائف عدة، أبرزها: أنه يعد وسيلة مؤكدة للادخار، يضمن للأسرة الحصول على المبلغ الذى يريد رب الأسرة أن يدخره لها، كما يضمن للمؤمَّن له الحصول على مبلغ معين أو إيراد مرتب عند الشيخوخة؛ حيث يقل الدخل نتيجة لعدم القدرة على العمل، كما يضمن لرب الأسرة تدبير مبلغ معين فى وقت معين يكون محتاجًا إليه فيه؛ لسداد دين أو لنفقات زواج ابنة أو ابن عند بلوغ سن معين.

ونشير فى عجالة إلى بعض الصور الأخرى الأقل انتشارًا فى العمل، مثل:

التأمين الجماعى: ويقصد به: التأمين الذى يعقده شخص لمصلحة مجموعة من الناس تربطه بهم رابطة عمل، كالتأمين الذى يعقده صاحب المصنع لعمال مصنعه ... ويشمل هذا النوع التأمين على الحياة والتأمين على الإصابات والتأمين من المرض[٢].

التأمين الشعبى:

وهو يتميز بقلة مبلغ التأمين، وتجزئة الأقساط إلى جزئيات صغيرة؛ ليتناسب مع الطبقات الفقيرة التى لا تستطيع ادخار إلا مبالغ ضئيلة[٣].

التأمين التكميلى:

والهدف منه هو تأمين المؤمَّن له من خطر عجزه عن الاستمرار فى دفع الأقساط عند تأمينه على حياته، فيعقد تأمينًا إضافيًا أو تكميليًّا يضمن بموجبه المؤمِّن فى مقابل أقساط يدفعها المؤمَّن له عجزه عن دفع الأقساط المستقبلة.

---

(١) المصدر السابق.
(٢) انظر: الوسيط (١٤٠٣/٧).
(٣) انظر السابق (١٤٠٩/٧).

*** التأمين على الزواج والأولاد:**

وهو أن يتفق المؤمَّن له على قيام المؤمِّن بدفع مبلغ معين لقاء أقساط يتفق عليها فى حالة زواج المؤمَّن له قبل أن يبلغ سنا معينة وفى حالة عدم زواج المؤمَّن له فإن الأقساط المدفوعة تعتبر خاصة بالمؤمِّن وينتهى التأمين.

وأما التأمين على الأولاد فيتم الاتفاق فيه لمدة معينة، وفى حالة ولادة أى طفل يقوم المؤمِّن بدفع مبلغ من المال متفق عليه مقدَّمًا.

٢ - التأمين من المرض:

وهو عقد يتم بموجبه دفع أقساط التأمين للمؤمِّن، ويتعهد المؤمِّن لقاء ذلك بدفع مبلغ معيَّن دفعة واحدة أو على أقساط للمؤمن له، ويرد له مصروفات العلاج والأدوية كلها أو بعضها وذلك فى حالة ما إذا مرض المستأمن خلال مدة التأمين.

والخطر المؤمَّن منه قد يشمل جميع الأمراض، وقد يقتصر على الأمراض الجسيمة. وقد يشمل العمليات الجراحية فقط. وكذلك يشمل التأمين الوضع عند المرأة ليدفع مبلغ التأمين إذا وقع هذا الحادث. ويجرى الاتفاق عادة على الطبيب المعالج فإما أن يختاره المؤمِّن أو المؤمَّن له.

هذا وللتأمين من المرض حالات أخرى أهمها ما يلى: التأمين الفردى والتأمين العائلى، والتأمين الجماعى.

وهذا النوع يدخل تأمين الأشخاص، وذلك للتأمين ضد المرض، وفى الحدود التى يغطى فيها التأمين العجز الناتج من المرض.

٣ - التأمين من الإصابات والحوادث:

وهو يهدف إلى تأمين الشخص ضده خطر الحوادث التى تمس سلامة جسمه، والتى تنجم من حادث خارجى قد يؤدى إلى الموت أو العاهة أو العجز الكلى أو الجزئى الدائم أو المؤقت.

ويسميه البعض بالحوادث الشخصية، وهو التأمين الذى بموجبه يتعهد المؤمِّن بأن يدفع إلى المؤمَّن له أو إلى ورثته أو إلى المستفيد مبلغًا معينًا من مال أو مبالغ معينة أو منافع وفق جدول معين فى حالة الوفاة أو الإصابة الجسمية أو العجز بسبب الحوادث، وهذا النوع من التأمين يشبه إلى حد ما التأمين من المرض وذلك فيما يتعلق بالمبلغ الذى يدفعه المؤمِّن إلى المؤمَّن له، وكذلك فى مبالغ المصروفات

والعلاج والأدوية، وهذا النوع من التأمين يكون فرديًا ويكون جماعيًا[١].

الخصائص المميزة للتأمين على الأشخاص:

لا يقاس مبلغ التأمين بمقدار الضرر ولكنه يحدد سلفا عند إبرام العقد، وهذا التحديد نهائى يدفع بلا نقص أو زيادة ولا تسرى عليه قاعدة النسبية، وفى هذا النوع من التأمين يجوز الجمع بين مبلغ التأمين والتعويضات الأخرى، من المسئول عن الحادث ولا يجوز للمؤمن أن يحل محل المؤمن له أو المستفيد قبل المسئول، وقد نصت على هذا الحكم المادة (٧٦٥) مدنى، كما يجوز الجمع فى هذا التأمين بين العديد من عقود التأمين؛ لأن قيمة الشخص المؤمن عليه كقاعدة عامة لا حدود لها، ومن ثم فإنه يجوز أن يبرم شخص عقود تأمين متعددة على الحياة، ويكون للمستفيد أن يقبض كل مبالغ التأمين فى جميع الحالات فكل مؤمن يلتزم فى النهاية بمبلغ التأمين، ونظرا لهذا فإن هذا النوع من التأمين يجعل لشخصية المتعاقد اعتبارا بوقت إبرام العقد من ناحية حالته الصحية وعمره، ولهذ يوقع عليه كشف طبى للتأكد من سلامة صحته، وهذا غير موجود فى تأمين الأضرار [٢].

ويمكن تفصيل تلك النتائج على النحو الآتى:

أولا: ضرورة تحقق الضرر: نظرا لأن تأمين الأضرار هو تأمين تعويض فإنه يشترط لكى يستحق المؤمن له مبلغ التأمين أن يكون قد لحقه ضرر وعليه أن يثبت وقوع ذلك الضرر (م٧٥١ مدنى مصرى) أما فى التأمين على الأشخاص فلا يتصف مبلغ التأمين بالصبغة التعويضية، فلا يوجد تناسب بينه وبين ضرر قد وقع، بل ولا يلزم لاستحقاق مبلغ التأمين إثبات ضرر معين وفى هذا تقول المادة (٧٥٤ مدنى) مصرى: إن مبلغ التأمين يصبح مستحقا من وقت الحادث أوقت حلول الأجل دون الحاجة إلى إثبات ضرر أصاب المؤمن له أو المستفيد.

ثانيا: تناسب التعويض مع الضرر: حيث لا يدفع المؤمن فى حالة التأمين من الأضرار إلا مبلغا يتناسب مع الضرر، ولو كان المبلغ المتفق عليه أكبر من قيمة الضرر (م ٧٥١ مدنى مصرى) فإذا تعددت وثائق التأمين لدى عدة مؤمنين، فإن

---

(١) ينظر عقد التأمين ص (٨٢).
(٢) السابق ص (٨٣).

المؤمن له لا يستطيع أن يطالب كل مؤمن بدفع مبلغ التأمين كاملا، فليس له أن يطالب المؤمنين إلا بما يعادل مقدار الضرر الذى لحق ذمته المالية. وعلى العكس من ذلك، فإن قاعدة تناسب التعويض مع الضرر لا تنطبق فى حالة التأمين على الأشخاص فللمستفيد أن يطالب بمبلغ التأمين المتفق عليه كاملا ولو تعددت وثائق التأمين، فيجمع بين مبالغ التأمين المستحقة بمقتضى هذه الوثائق.

ثالثا: الجمع بين مبلغ التأمين ومبلغ التعويض: ويفترض ذلك الجمع أن مسئولية الغير قد انعقدت تجاه المؤمن له، وبالتالى يلزم هذا الغير بدفع مبلغ التعويض، ولكن فى التأمين من الأضرار لا يستطيع المؤمن له الجمع بين مبلغ التأمين وتعويض المسئولية إلا فى الحدود اللازمة لتعويض الضرر، أما فيما يجاوز هذه الحدود فإن الذى يباشر دعوى المسئولية هو المؤمن بمقتضى حلوله محل المؤمن له، وهذه الحلول هى حلول قانونية قررتها المادة (٧٧١ من التقنين المدنى المصرى) بشأن التأمين من الحريق فتقضى تلك المادة بأن: «يحل المؤمن قانونا بما دفعه من تعويض عن الحريق فى الدعاوى التى تكون للمؤمن له قبل من تسبب بفعله فى الضرر الذى نجمت عنه مسئولية المؤمن، وهذا الحكم يسرى على جميع أنواع التأمين من الأضرار.

أما فيما يتعلق بالتأمين على الأشخاص، فلقد قررت المادة (٧٦٥ مدنى مصرى) أنه: «فى التأمين على الحياة لا يكون للمؤمن الذى دفع مبلغ التأمين حق فى الحلول محل المؤمن له أو المستفيد فى حقوقه قبل من تسبب فى الحادث المؤمن منه أو قبل المسئول عن هذ الحادث، و يستفاد من هذا النص أنه يجوز للمؤمن له فى التأمين على الأشخاص، الجمع بين مبلغ التأمين وتعويض المسئولية.

رابعا: تحديد مقدار مبلغ التأمين: فى التأمين على الأشخاص يتحدد هذا المبلغ فى وثيقة التأمين، ولا يعتمد فى تحديده إلا على ما تراه إرادة أطراف العقد؛ ولا يجوز تخفيض هذا المبلغ، ولو ثبت أنه يزيد عما أصاب المؤمن له من ضرر.

أما فى التأمين من الأضرار، فلا يمكن تحديد مقدار مبلغ التأمين مقدما لأن هذا التحديد يعتمد على وقوع الضرر، وعلى مقداره، ولا يتحقق ذلك إلا عند حدوث الخطر المؤمن منه، وعندئذ يتحدد مبلغ التأمين بأقل القيمتين المبلغ المتفق عليه وقيمة الضرر (مادة ٧٥١ مدنى مصرى).

خامسا: شخصية المؤمن له: تكون شخصية المؤمن له محل إعتبار فى التأمين على الأشخاص إذ أن وقوع الخطر يؤثر فيه صفات معينة فى شخصية المؤمن له (حالته الصحية مثلا)، ولذلك فمن مصلحة المؤمن أن يقوم بجمع بيانات خاصة عن مهنة المؤمن له، أما فى التأمين على الأشياء، فشخصية المؤمن له لا تلعب دورا خاصا، إذ أن التأمين لا ينصب على تلك الشخصية بل على أشياء شخص المؤمن له، فعقود التأمين على الأشياء من العقود الملحوظ فيها الشيء المؤمن عليه وليس الشخص المتعاقد معه، ولذلك فإنه عند إنتقال الحق الذى يملكه المؤمن له على الشيء المؤمن عليه إلى الغير (وهو الخلف الخاص) فإن هذا الأخير يسفيد من التأمين بإعتباره من مستلزمات الشيء (مادة ١٤٦ مدنى) أى أن التأمين يظل ساريا بالرغم من تغير شخصية المؤمن له.

كذلك فإنه إذا كان الشيء المؤمن عليه مثقلا بحق عينى تبعى، كالرهن الرسمى أو الرهن الحيازى، فإن هذا الحق ينتقل إلى مبلغ التأمين المستحق بمقتضى عقد التأمين مادة (٧٧٠ مدنى مصرى)، وهذا تطبيق من تطبيقات الحلول العينى فى مجال التأمين، حيث حل مبلغ التأمين محل الشيء المؤمن عليه بعد هلاكه [١].

ثانيًا: تأمين الأضرار:

ويقصد بهذا التأمين تعويض المؤمَّن له عن الخسارة التى تتعلق بماله لا بشخصه، ويهدف هذا إلى تأمين الضرر الذى يصيب ماله[٢] .

وهو نوعان:

النوع الأول: تأمين الممتلكات أو الأشياء

ويهدف هذا النوع إلى تعويض المؤمن له عن خسارة تلحق بأحد أمواله، ولا يوجد فيه فى العادة سوى طرفين هما المؤمن والمؤمن له وهو ذاته المستفيد [٣].

وهو يشمل حالات كثيرة أشهرها:

- التأمين من الحريق: وهو عقد يتعهد بموجبه المؤمَّن بتعويض الأضرار الناشئة

---

(١) عقد التأمين ص (٨٧).

(٢) انظر: عقد التأمين ص ٧٨، والتأمين للدكتور شوكت عليان ص ٣٥، ونظرية التأمين التعاونى للدكتور: رجب عبد التواب ص (٧٠) .

(٣) ينظر عقد التأمين ص (٧٨).

من الحريق فى ظروف معينة طبقا للشروط المقررة فى العقد المبرم فى حدود مبلغ التأمين، وذلك مقابل قسط يدفعه المؤمَّن له بقدر نسبة الخطر المعرَّض له موضوع التأمين.

ولم يقتصر التأمين على الحريق على مجرد تغطية أخطار الحريق، بل امتدت التغطية إلى ضمان أشياء أخرى مثل: أضرار الصاعقة، وانفجار الغاز المستعمل فى الأبنية لأغراض التدفئة والإضاءة، والأضرار التى ترافق نشوب الحريق عادة كتلف الأموال بالمياه، والأضرار التى تحدثها فرق الإطفاء أثناء مكافحة النار وهدم الجدران لمنع تسرب الحريق إلى الأبنية المجاورة، وكذلك أضرار الدخان الناتج عن الحريق.

- **التأمين البحرى:** وهو عقد بمقتضاه يقبل المؤمِّن بأن يعوض المومن له عن ضرر يتحمله بمناسبة رسالة بحرية ويتمثل فى خسارة حقيقية فى قيمة الشىء، وذلك مقابل قسط وفى حدود مبلغ معين لا يمكن أن يجاوز قيمة الأشياء الهالكة. وقال بعض رجال القانون: هو عقد بموجبه يتعهد المؤمِّن فى مواجهة المستأمن مقابل مبلغ معيَّن يسمى القسط بأن يعوِّض الأضرار التى تصيب المستأمن نتيجة خطر من الأخطار البحرية، فهو ضمان ضد الأخطار البحرية التى تعتبر بحق الطابع المميِّز للتأمين البحرى.

ويلاحظ فى هذا الأخير أنه يجعل الخطر البحرى أساس التأمين البحرى وعليه فيكون محل التأمين أخطارًا بحرية، ولهذا سمى بالتأمين البحرى، وهو يضم أنواعًا عديدة من أهمها:

أ - عقود تأمين على أجسام السفن: وهى عقود تضمن تغطية الأخطار التى تلحق بجسم السفينة ذاتها، والأخطار التى تتعلق بمسؤولية مالك السفينة ذاتها كالتأمين على أجرة الشحن أو المدفوعات التى يلتزم بها المالك، أو التأمين من المسؤولية المدنية الناشئة من حوادث التصادم.

ب - عقود التأمين على البضائع: وهى عقود تضمن تغطية الأضرار التى تلحق بالبضائع المنقولة، كالتأمين على الطرود فى البريد وأمتعة المسافرين.

- **التأمين من السرقة:** وبموجب هذا العقد يتعهد المؤمِّن بتعويض المؤمَّن له عن الخسائر والأضرار التى تصيب أموال المؤمن له بسبب السرقة، وسواء وقعت بالليل

أم بالنهار بالسطو أم بغيره.

- **التأمين على الماشية**: والمقصود بالماشية الإبل والبقر والغنم ويلحق بذلك الخيول ونحوها، وعقد تأمين الماشية يبرمه صاحب المواشى، وبسببه يضمن دفع تعويض له عن الخسارة التى تلحق به، ويتم عادة تقدير قيمة التعويض على أساس سعر السوق فى تلك الفترة، أما الأسعار التى تعمل بها الشركة عادة فتعتمد على خبرة الشركة والإحصاءات المتوافرة لديها.

- **التأمين على المزروعات**: والمقصود بهذا العقد حماية أموال المزارع واستقرار مستواه المعيشى، فمما لا شك فيه أن المزارع لا يتمتع بأى تأمين على محصوله يكون عرضة لانخفاض مستواه المعيشى إذا هلك محصوله، فتأمين المحصول يعنى إذن تأمين مستوى الدخل، وضمان الدخل فى المجتمع الريفى ينعكس على الدخل القومى للبلاد باعتباره أحد عناصره الهامة.

وهذا النوع من التأمين يشمل الأضرار الناشئة من العوامل الطبيعية وغير الطبيعية، وسعر التأمين يقدر عادة على أساس الإحصائيات المتوافرة.

وتأمين المحاصيل الزراعية يحمى المزارعين من هلاك محاصيلهم ويمنحهم الائتمان والتشجيع فى التوسع الزراعى والاستقرار فى الاقتصاد القومى بصفة عامة.

- **تأمين حماية الأُسرة ومسكنها**: ويقصد بهذا العقد حماية الأسرة ومسكنها من الحريق والانفجار والزلازل والعواصف والرياح والفيضان ونضح المياه بسبب تسربها من المواسير وتعويض الإيجار، وحمايتها من كافة الأفعال الضارة من غير أفراد أسرة المؤمَّن له، وكذا المسئولية المدنية قِبَلَ الغير.

- **التأمين على النقد أثناء النقل**: ويقصد به العقد حماية الأموال النقدية أثناء نقلها من محل الاستلام إلى محل التسليم.

- **التأمين على النقد فى الخزائن**: ويقصد بهذا العقد تعويض المؤمَّن له عن الأضرار التى تصيب النقود أثناء خزنها فى خزائن مخصَّصة لهذا الغرض.

- **تأمين السيارات**: ويقصد بهذا العقد تغطية المسئولية المدنية عن الإصابات التى تقع للأشخاص بسبب الحوادث الناتجة عن استعمال السيارة الوارد عليها العقد، وبموجب ذلك يلتزم المؤمَّن بدفع الأضرار بسبب مسئولية مالك السيارة وذلك عن أى وفاة أو أى إصابات بدنية تلحق أى شخص من الحودات التى تقع.

وقد يتعرض صاحب السيارة لنوع آخر من أخطار المسئولية المدنية وهو الخطر الناشىء عن احتمال الحكم بمسئوليته عن الأضرار التى تصيب ممتلكات الغير والناتجة عن سيارته. كذلك يغطى هذا النوع من التأمين الأخطار التى تتعرض لها السيارة ذاتها كالأضرار الناجمة من الحريق والانفجار والصواعق وحوادث السرقة، والأضرار الناجمة عن التصادم والانقلاب والفقدان والتلف، وكذا كافة الأضرار الأخرى التى تنشأ بسبب نقل السيارة من مكان إلى آخر.

هذا وللتأمين على السيارات أنواع كثيرة وصور شتى، وتختلف أسعارها لمواصفات كل سيارة.

- تأمين كسر الزجاج: يقصد بهذا العقد ضمان حوادث كسر الزجاج وذلك بأن يدفع المؤمِّن تعويضًا للمؤمَّن له عند حدوث هذا الخطر، والمراد بالزجاج هنا ما يستعمل فى النوافذ والأبواب سواء فى المحلات العامة كالمحلات التجارية أو غيرها كأماكن السكن والنوادى ودور الملاهى وما إلى ذلك.

- وهناك أنواع عديدة غيرما ذكرنا منها:
- تأمين عطب المكائن.
- تأمين نصب المكائن.
- تأمين مشاريع البناء.
- تأمين المصاعد.
- تأمين خيانة الأمانة.
- تأمين خسائر الأرباح.
- تأمين المسئولية المدنية.
- تأمين المسئولية الشخصية.
- تأمين مسئولية السلع المنتجة.
- تأمين مسئولية مضَخة الوقود.
- تأمين مسئولية الوقود.
- تأمين مسئولية سائق الدراجة.
- تأمين مسئولية مالكى العقارات.
- تأمين مسئولية المزارعين.

- تأمين مسئولية مالكى الفنادق.

- تأمين من الأخطار العامة كالأضرار الناشئة من المكاتب والدكاكين والمخازن والمحلات والمعامل والمستشفيات والمدارس وأماكن النزهة العامة والنوادى الرياضية والمطاعم والمقاهى والمقاولين والبنائين والصناع ونحو ذلك [١].

النوع الثانى: التأمين من المسئولية:

هو يهدف إلى حماية المؤمن له من دعاوى التعويض التى قد يرفعها الغير عليه بسبب الضرر الذى يسأل عنه، أى أنه يؤمن الشخص ضد سلوك خاطئ يمكن أن يسأل عنه مستقبلا، والمؤمن هنا يدفع مبلغ التعويض المقضى به بدلا من المؤمن له.

الواقع أن التأمين من المسئولية لا يختلف فى طبيعته عن سائر عقود التأمين، فهو تأمين من الأشخاص وتأمين من الممتلكات، كما أن من أهم سماته أنه لا يقتصر على طرفين اثنين - المؤمِّن والمستأمن - بل نراه يمتدُّ إلى شخص ثالث وهو الذى لحق به الضرر، فالعلاقة قائمة بين المؤمِّن والمستأمن من جهة، وبين المؤمِّن والمضرور من جهة أخرى.

ويلاحظ أن موضوع التأمين من المسئولية غير محدد فى الغلب ولا يمكن فيه معرفة نتائج السئولية مقدما، ولهذا يقوم المستأمن بتحديد مبلغ معين ويطلب التأمين على مسئوليته عنه فى حدوده، ومع ذلك فإنه قد يحدد موضوع المسئولية عند إبرامه عقد التأمين كما هو الشأن فى حالة التأمين على العين المستأجرة من الحريق (م ٥٨٤) مدنى، ففى هذه الحالة الأخيرة يخضع موضوع التأمين من المسئولية لكونه محددًا لقاعدة التخفيض النسبى كما هو الحال فى التأمين على الأشياء [٢].

وتتنوع المسئولية إلى مايلى:

أ - مسئولية عن الأعمال الشخصية، وهى ما يصدرعن شخص الإنسان مباشرة ويتسبب فى إضرار الغير.

ب - مسئولية عن عمل الغير، وهى ما يصدر عن غيره ويكون مسئولا هو عنه،

---

(١) ينظر التأمين فى الشريعة والقانون ص (٣٩).

(٢) عقد التأمين ص (٧٩).

مثال الأب فهو مسئول عن الولد القاصر، وكذلك صاحب العمل مسئول عن عماله، والمخدوم مسئول عن خادمه . . . وهكذا.

جـ - مسئولية عن الأشياء، مثل الأضرار التى تحدثها الأشياء التابعة له أو التى تحت حراسته، كالحيوانات والآلات الميكانيكية أو الأبنية والمساكن والسيارات ونحو ذلك.

وقد أصبح التأمين من المسئولية الناشئة عن حوادث السيارات إلزاميا فى معظم دول العالم، وبمقتضاه يلتزم صاحب السيارة بإبرام عقد تأمين يغطى الأضرار الجسيمة التى تلحق بالغير بسبب استعمال السيارة.

وهذه الأضرار تشمل:

أ - الإصابات البدنية التى تؤدى إلى العناء الجسمى.

ب - الإصابات التى تؤدى إلى عطل دائم كلى أو جزئى.

جـ - الوفاة [1].

المبحث الثالث

أركان عقد التأمين وأنواعه

يقصد بعقد التأمين اتفاق بين طرفين على شروط وأوضاع محددة.

ويقوم هذا العقد على عدة أركان أنبأت عنها تعريفات عقد التأمين سالفة الذكر، وهى:

الركن الأول: المؤمِّن والمؤمَّن له (المستأمن):

يتم عقد التأمين بين طرفين هما المؤمِّن والمستأمن أو الضامن والمضمون، وهما صاحبا المصلحة المباشرة واللذان يعنيهما العقد وما يتولد عنه من آثار قبلهما.

١ - المؤمِّن (الضامن):

قد يكون المؤمِّن جمعية تبادلية أو ذات شكل تبادلى، ويجمع المؤمِّن فى جمعيات التأمين التبادلى بين صفات ثلاث؛ فهو مؤمِّن ومؤمَّن له، وعضو فى الجمعية. وقد يكون المؤمِّن شركة تأمين مساهمة مستقلة كل الاستقلال عن المستأمنين، وعادة ما يتم التعاقد فى شركات التأمين المساهمة عن طريق وكلاء أو

(١) التأمين بين الشريعة والقانون ص (٤٠).

سماسرة أو مندوبين. أما الجمعيات التعاونية فتقوم بعمليات التأمين مباشرة دون الالتجاء إلى الوكلاء أو الوسطاء أو السماسرة، ويتولى مجلس إدارة الجمعية التعاقد ويفصِل فى الطلبات التى تقدم إليه[١] .

والمؤمِّن هو الطرف الذى يأخذ على عاتقه التعويض عند تعرض الطرف الآخر للحادث أو الكارثة، وهو يختلف تبعًا لاختلاف الدول وأنظمتها، ففى الدول التى تسير وفق النظام الاشتراكى تقوم الدولة بمباشرة أعمال التأمين بنفسها.

أما فى الدول الرأسمالية فإن التأمين موزع بين شركات وهيئات ومؤسسات، وغالبًا ما يجرى التأمين بواسطة سماسرة يقومون بدور الوسطاء مقابل عمولة يحصلون عليها من مكتب التأمين، وقد يحدث أن يتفاوض المتعاقد فى إبرام عقد التأمين مباشرة[٢] .

٢ - المؤمَّن له (المستأمن أو المضمون)

وهو الطرف الذى يلتزم للمؤمِّن بدفع مقابل التأمين، وهو القسط أو الاشتراك أو الدفعة المالية لقاء تمتعه بحماية التأمين ضد خطر أو حادث يخشى وقوعه، وأحيانًا يكون المؤمَّن له فردًا أو عدة أفراد أو شخصًا معنويًا[٣] .

وقد يجمع المؤمَّن له بين صفات ثلاث؛ فهو الطرف المتعاقد، ويسمى المؤمَّن له بذلك خلال فترة التفاوض لإبرام عقد التأمين وحتى بدء سريانه، وبعدها يصبح المتعاقد هو المؤمَّن له. وهو - أى المؤمَّن له - الشخص المهدد بالخطر المؤمَّن منه. وهو الشخص الذى يتقاضى مبلغ التأمين ويسمى فى هذه الحالة: المستفيد.

وقد تنفصل الصفات الثلاث وتنصرف إلى أكثر من شخص واحد كما فى تأمينات الحياة والتأمين لحساب من يثبت له الحق فيه أو لحساب ذى المصلحة[٤] .

---

(١) انظر: نظرية التأمين - دراسة مقارنة بين الشريعة الإسلامية والقانون الوضعى، للدكتور رجب عبد التواب سليمان (رسالة دكتوراه، كلية الحقوق - جامعة القاهرة، [١٤٠٦ هـ - ١٩٨٦م] .

(٢) انظر التأمين، المبادئ النظرية والأسس التطبيقية لمجيد الياسين (مطبعة الأمة، بغداد ١٩٧٥م) ص ٨، ٩ .

(٣) انظر: التأمين فى الشريعة والقانون (مرجع سابق) ص ٢٠ .

(٤) انظر نظرية التأمين التعاونى (مرجع سابق) ص ١٧٢ .

الركن الثانى: الإيجاب والقبول (التراضى)

يخضع عقد التأمين من الناحية القانونية للقواعد العامة المقررة فى شأن رضا الطرفين المتعاقدين من حيث: شروط صحة العقد، وأهلية المتعاقدين، وسلامة إرادتيهما من العيوب.

غير أن عقد التأمين يتميز ببعض السمات الخاصة التى نشير إليها فيما يلى:

أ - يأتى الإيجاب من جانب طالب التأمين، ويجب أن يَبْلُغ هذا الإيجاب المؤمِّن، ثم القبول ويجب أن يكون مطابقًا للإيجاب، ونعنى بالمطابقة: اتحاد إرادتى المتعاقدين، والقبول فى عقد التأمين مجرد إذعان لما يمليه الموجب، أى أن القابل للعقد لم يصدر قبوله بعد مناقشة ومفاوضة، بل لا يزيد موقفه من الموجب عن القبول أو الرفض، وبالشروط التى يمليها على الموجب[1] ، ولا يتعين فى القبول أن يكون فورًا عقب الإيجاب، والعقد ينعقد متى صدر القبول ما لم يتفرق المتعاقدان.

ب - يتم التعاقد بين حاضرين، سواء تم هذا بينهما مباشرة أو بواسطة نائب عنهما، ويتم أيضًا بين غائبين عن طريق المراسلة.

وفى هذه الحالة لا يكون للقبول أثره ما لم يتم إخطار طالب التأمين به من قبل المؤمِّن.

ويجدر بنا قبل مغادرة هذه القضية أن نبين المراحل التى يمر بها عقد التأمين؛ حتى تزداد المسألة وضوحًا.

مراحل إبرام عقد التأمين:

تبدأ مراحل عقد التأمين بطلب التأمين وهو عبارة عن طلب مطبوع يحصل عليه طالب التأمين من الشركة نفسها أو مندوبها، ويشمل بيانات التعاقد التى يتم على أساسها التأمين: كالخطر المطلوب التأمين منه، والظروف التى تحيط به، ومبلغ التأمين، ومقدار القسط ومواعيد دفعه.

وطلب التأمين غير ملزم للمؤمِّن أو المؤمَّن له فهو لا يتجاوز كونه عرضًا تمهيديًا يقصد به التعرف بالضبط على الشروط التى يمكن أن يتم بها التأمين[2] .

---

(١) انظر التأمين فى الشريعة والقانون ص ٢٠ .

(٢) انظر: العقود المسماة الإيجار والتأمين للدكتور عبد المنعم البدراوى (مكتبة وهبة ط ١٩٦٨م) ص ٢٦٢ .

فإذا احتوى طلب التأمين على العناصر الرئيسية للعقد (الخطر، مبلغ التأمين، القسط، مدة التأمين) كان إيجابًا حقيقيًا وتصير موافقة المؤمَّن عليه قبولًا منه للعقد.

وقد يتأخر إبرام عقد التأمين إما لحاجة المؤمِّن لبعض الوقت للبت فى قبول الطلب أو للتأخر فى تحرير الوثيقة، وفى هذه الحالة يحصل المؤمَّن له على تغطية مؤقته تسمى «مذكرة التغطية المؤقتة»، وتعتبر دليلًا على التعاقد النهائى، وينشأ عنها كافة الالتزامات والحقوق المترتبة على عقد التأمين، وعلى أثرها يلتزم المؤمَّن له بدفع الأقساط ويلتزم المؤمِّن بتغطية الخطر عند حدوثه[1] .

والمرحلة النهائية تتمثل فى: «وثيقة التأمين» التى تتضمن الشروط العامة المطبوعة بحسب النموذج المعدّ، وهذه الشروط هى: تاريخ توقيع الوثيقة من طرفى العقد، وأسماء المتعاقدين، وموطنهم، واسم شركة التأمين، أو الجمعية التبادلية ومقر عملها ورقم قيدها فى السجل، والأشخاص أو الأشياء المؤمَّن عليها، وطبيعة الأخطار المؤمَّن منها، وتاريخ سريان عقد التأمين وانتهائه، ومدة التأمين فى الشركات المساهمة، والقسط أو رأس المال الذى يؤديه المؤمَّن عليه إذا كان المؤمِّن شركة مساهمة، والاشتراك إذا كان المؤمِّن جمعية تبادلية، ثم عوض التأمين الذى يلتزم به المؤمِّن عند تحقق الخطر ووقوع الكارثة، وقد تذكر بيانات أخرى[2] .

ويرى بعض فقهاء التأمين أن المؤمِّن يشترط عادة ألا يتم عقد التأمين إلا بتوقيع وثيقة التأمين، فإذا لم يقم طالب التأمين بالتوقيع لا ينعقد العقد، وبموجب هذا تصبح وثيقة التأمين ضرورية لانعقاد العقد[3] .

الركن الثالث: محل عقد التأمين:

يفرق علماء القانون بين محل العقد ومحل الالتزام، فيرون أن محل العقد هو العملية القانونية التى تراضى الطرفان على تحقيقها، أو هو إنشاء التزامات معينة، وكل التزام ينشئه العقد يجب أن يكون له محل أو سبب.

---

(١) انظر: مذكرة فى عقد التأمين للدكتور حمدى عبد الرحمن (دار النهضة العربية، ط ١٩٧٠م) ص ٦٥ .

(٢) انظر: نظرية التأمين التعاونى - دراسة مقارنة بين الشريعة الإسلامية والقانون الوضعى (مرجع سابق) ص ١٧٣، ١٧٤ .

(٣) انظر: الوسيط فى شرح القانون المدنى للدكتور عبد الرزاق السنهورى (دار النهضة العربية، ط ١٩٦٤م) (٧/ ١٢٠٢) .

أما محل الالتزام فهو الشىء الذى يلتزم المدين بالقيام به، أو هو الأداء الذى يجب على المدين أن يقوم به لصالح الدائن، وهو إما أن يكون إعطاء شىء أو عمل أو امتناع عن عمل[١] .

ففى التأمين على الحياة - مثلًا - يكون محل التأمين هو الشخص الذى أجرى التأمين على حياته، وإذا كان هو طرف العقد فيعتبر المؤمَّن له، أما إذا وقع التأمين على شخص غيره فيكون المستفيد.

وفى التأمين على الأشياء والأموال والممتلكات يكون محل التأمين هذه الأشياء مثل المسكن والمصنع . . . إلخ.

وفى التأمين على السرقة يكون محل التأمين الأموال المؤمَّن عليها والبضائع ونحوها.

وفى تأمين الطيران يكون المحل المسئولية المدنية نحو الغير الناشئة عن استخدام الطائرات[٢] . . . وهكذا.

وقد نصت المادة (٩٨٤) من القانون المدنى العراقى على أنه (يجوز أن يكون محلًّا للتأمين كل شىء مشروع يعود على الشخص بنفع من عدم وقوع خطر معين)[٣] .

الركن الرابع: الخطر فى عقد التأمين

الخطر أهم ركن من أركان عقد التأمين، (وهو محل التزام كل من المؤمن له والمؤمن، فالمؤمن له يلتزم بدفع الاقساط فى مقابل تأمين نفسه من الخطر والمؤمن يلتزم بدفع التأمين لتأمين المؤمن له من الخطر.

ويعرف علماء القانون الخطر بأنه: «الحادث المحتمل حدوثه فى المستقبل»[٤] .

ويعرفه أحدهم بأنه «الخسارة المادية المحتملة الوقوع لحادث معين»[٥]

---

(١) انظر: نظرية التأمين التعاونى، دراسة مقارنة بين الشريعة الإسلامية والقانون الوضعى ص ١٧٥ .

(٢) عقد التأمين ص ٦٣ .

(٣) عقد التأمين ص ٣٣، ٣٤ .

(٤) نظرية التأمين التعاونى للدكتور رجب عبد التواب سليمان ص ٨٦ .

(٥) الخطر والتأمين للدكتور السيد عبد المطلب عبده (دار الكتاب الجامعى، ط ١ ١٩٧٧م) ص (٧) .

وعلماء القانون يركزون على الحادث باعتباره واقعة مادية يترتب عليها خسارة مالية؛ لارتباط التزامات طرفى عقد التأمين بقيمة الخسارة المحتملة والتى تعتبر الأساس فى تقدير أقساط التأمين التى يدفعها المؤمَّن له ومبلغ التأمين الذى يلتزم به المؤمِّن فى حالة وقوع الحادث المؤمَّن منه. على حين نجد رجال التأمين يفرقون بين الخطر والحادث والخسارة.

فالخطر - عند رجال التأمين - هو: «ظاهرة أو حالة معنوية تلازم الشخص عند اتخاذ القرارات أو أثناء حياته اليومية؛ مما يترتب عليه حالة الشك أو الخوف أو عدم التأكد من نتائج تلك القرارات التى يتخذها هذا الشخص بالنسبة لموضوع معين»[١].

فنجد هنا أن رجال التأمين يركزون على الحالة النفسية التى يكون فيها المستأمن قبل عقد التأمين والمعبر عنها بالحالة المعنوية أو ظاهرة الشك وعدم التأكد، ويعتبرونها ركنًا أساسيًا من أركان الخطر، فلو انعدم الشك وعرف الفرد بالنتائج مقدمًا لما كان للخطر وجود، ولم يكن للتأمين معنى، ولكى يكون الخطر قابلًا للتأمين يلزم أن يكون فى الإمكان قياسه باستخدام نظرية الاحتمالات؛ لأن عدم إمكانية قياس الخطر بطريقة موضوعية يجعل من المستحيل تقدير الخسائر المحتملة وتقدير القسط الذى يدفعه المؤمَّن له، ومن ثم فتقدير الخسارة وتقويمها فى صورة وحدات نقدية أمر حتمى تقتضيه طبيعة التأمين[٢].

وتبرز من خلال هذه التعريفات عدة عناصر للخطر يجب أن تتوافر فيه:

أولها: الخطر محتمل الوقوع؛ لأن منشأه الحالة النفسية أو الشك أو عدم التأكد، وهذه الأشياء هى الركن الأساسى للخطر، وهو المعبر عنه بعنصر الاحتمال، فلو انعدم الشك فى وقوع الحادث وعرفت النتائج لما كان للخطر بمعناه التأمينى وجود.

ويلزم لتوافر عنصر الاحتمال أمران:

الأول: أن يكون الحادث غير محقق الوقوع فى المستقبل، أى غير محتم الوقوع بمعنى أنه قد يقع وقد لايقع، فالتأمين من السرقة أو الحريق والإصابات قد يقع وقد

---

(١) الخطر والتأمين - الأصول العلمية والعملية للدكتور سلامة عبد الله (دار النهضة العربية، ط الرابعة، ١٩٧٤م) ص ٦ .

(٢) راجع: الخطر والتأمين للدكتور السيد عبد المطلب ص ٧، ٨ .

لا يقع.

وقد يكون الحادث محقق الوقوع ولكن وقت وقوعه غير معلوم، فالموت محقق الوقوع ولكنه مضاف إلى أجل غير معلوم، فإذا كان الحادث قد وقع قبل انعقاد التأمين وتحقق الخطر فقد التأمين أهم ركن من أركانه وهو عنصر الاحتمال المستقبلى.

ولا ينعقد التأمين كذلك إذا كان الحادث مستحيل الوقوع فى المستقبل؛ لأنه ينتفى عنصر الخطر ويبطل العقد[١] .

وهنا تثور قضية عما إذا كان يجوز التأمين على الخطر الظنى، وهو الخطر الذى يكون قد تحقق بالفعل دون أن يعلم به كل من المتعاقدين أو أحدهما؟

وقد أجازت بعض القوانين التأمين فى هذه الحالة، مثل القانون السويسرى والألمانى والقانون البحرى المصرى، حيث تنص المادة (٢٠٧) من القانون المصرى على أن: كل سيكورتاه (أى تأمين عملت بعد هلاك الأشياء المؤمنة أو بعد وصولها، تكون لاغية إذا ثبت أن المؤمن له كان عالما بهلاكها أو ثبت أن المؤمن كان علما بوصولها أو إذا دلت قرائن الأحوال على أنهما يعلمان ذلك قبل وضع الإمضاء على مشارطة السيكورتاه» أى التأمين.

ولكن يذهب بعض الشراح إلى عدم جواز التأمين من الخطر الظنى فى جميع أنواع التأمين[٢] ، فالخطر إذا وقع قبل انعقاد التأمين، فإن التأمين يفقد بذلك ركنًا من أركانه، وعنصرًا من عناصره؛ إذ لا يكفى أن يظن المستأمن احتمال وقوع الخطر فى المستقبل، بل يجب أن يكون الخطر مستقبلًا بالفعل، ولا يتصور وجود عقد التأمين بغير ركن الخطر، فإذا فات الخطر أو وقع بالفعل لم ينعقد التأمين، كما أن القول بجواز التأمين على الخطر الظنى يفتح الباب للغش والتدليس، ويثير صعوبات فى إثبات علم المستأمن أوعدم علمه بتحقق وقوع الحادث وقت التعاقد[٣] . ولكن -

---

(١) راجع الوسيط للدكتور السنهورى ٧ / ١٢١٩ .

(٢) التأمين للدكتور البدراوى ص ١٩٨، وتنص المادة (٣٠) من قانون التأمين الفرنسى الصادر فى ١٣ يوليو سنة ١٩٣٠م على: «أن التأمين يبطل إذا تبين أن الشىء المؤمَّن عليه كان قد هلك قبل العقد أو لم يعد معرضًا للخطر» .

(٣) المرجع السابق ١٩٩ .

من قبيل الاستثناء - قد يباح التأمين البحرى فى حالة الخطر الظنى؛ نظرًا لأن السفينة فى الغالب تكون بعيدة عن الطرفين عند إبرام العقد، وهى فى عرض البحر أو المحيط يصعب مع بعدها معرفة وقوع الخطر أو عدم وقوعه، والأمر مختلف فى التأمين البرى الذى يسهل معه معرفة ما إذا كان الخطر المؤمن منه قد زال أو تحقق فعلا وقت إبرام العقد.

الثانى: ألا يتوقف تحقق الحادث على إرادة المستأمن؛ إذ يشترط فى الحادث ليكون موضوعًا للتأمين أن يكون أمر وقوعه أو تحققه خاضعًا للمصادفة وليس خاضعًا لإرادة أحد طرفى التأمين المؤمِّن أو المؤمَّن له؛ لأن خضوعه لإرادة أحدهما ينافى عنصر الاحتمال؛ لأنه إذا كان تحقق الحادث مرهونًا بمشيئة المؤمِّن منع وقوعه؛ وبذلك ينتفى عنصر الاحتمال بالنسبة له، وإذا تعلق بمشيئة المستأمن أَمَّن نفسه من خطر يمكنه إيقاعه فى أى وقت؛ ليحصل على مبلغ التأمين؛ فينتفى أيضًا عنصر الاحتمال، ومن ثم لا يصح عقد التأمين إلا مع الخطر الاحتمالى القائم على المصادفة[١] .

ومن ثم، فالعمد الذى ينافى الاحتمال لا يجوز معه التأمين، فالحوادث التى تقع عمدًا أو قصدًا لا يجوز معها التأمين.

وقد قضت محكمة النقض الفرنسية ببقاء الضمان رغم قيام المضمون بعمل إرادى إلا أنه لم يتوقع النتائج الضارة، وهى بذلك تفرق بين الخطأ الجنائى والخطأ القصدى فى التأمين، فقد يسأل الشخص جنائيًا ويظل الحق فى التأمين، ولا يعفى المؤمِّن من مبلغ التأمين[٢] .

إذن الأصل أن المستأمن إذا تعمد إحداث الضرر المؤمَّن منه بطل التأمين ولا يجوز له المطالبة بمبلغ التأمين إذا تعمد إتلاف الأشياء أو إهلاك نفسه.

ويستثنى من هذه القاعدة عدة صور:

الصورة الأولى: تحقق الخطر بفعل الغير، ولو كان مقصودًا متعمدًا؛ ذلك لأن فعل الغير يعتبر قوة قاهرة أو حادث جبرى يجوز التأمين منه؛ حتى ولو كان هذا الغير

---

(١) انظر: الضمان فى القانون اللبنانى للدكتور توفيق حسن فرج (مكتبة مكاوى - بيروت، ط١، ١٩٧٣م) ص ٦٥، ونظرية التأمين التعاونى (مرجع سابق) ص ٩١، ٩٢ .

(٢) نظرية التأمين التعاونى ص ٩٢ .

تابعًا للمستأمن، فصلة التبعية لا تجعل المستأمن مسئولًا عن إحداث الخطر الذى وقع بغش التابع.

الصورة الثانية: أن يتعمد المؤمَّن له الخطأ لأداء الواجب، كما لو عرَّض حياته للموت؛ إنقاذًا للغير فمات فعلًا، أو أتلف بعض المنقولات المؤمَّن عليها؛ منعًا لامتداد الحريق.

الصورة الثالثة: أن يكون الخطأ جسيمًا؛ فقد جرى العمل خلال القرن التاسع عشر على عدم جواز التأمين من الخطأ العمد والخطأ الجسيم، ولكن ما لبثت التشريعات - تحت ضغط الحاجة - إلى الضمان - إلى إجازة التأمين من الخطأ الجسيم، وحجتهم فى ذلك أنه إذا أمكن القول بأن المؤمَّن له فى الخطأ الجسيم قد قصد إتيان الفعل الذى حقق الخطر فإنه لم يقصد تحقيق الخطر ذاته، فقد تداخلت عوامل أخرى غير محض إرادته فى تحقيق الخطر ووقوعه، ومن ثم يكون الخطأ الجسيم معلقًا على شرط إرادى بسيط[1] ؛ فيجوز بذلك التأمين.

الصورة الرابعة: جواز التأمين على الحياة بسبب الانتحار بشرط وقوعه بعد سنتين على الأقل من تاريخ العقد؛ حيث نصت المادة (٧٥٦/ ٣) على أنه إذا اشتملت وثيقة التأمين على شرط يلزم المؤمن بدفع مبلغ التأمين ولو كان أنتحار الشخص عن اختيار وإدراك، فلا يكون هذا الشرط نافذا إلا إذا وقع الانتحار بعد سنتين على الأقل من تاريخ العقد، وفى هذه الحالة يلتزم المؤمن بدفع مبلغ التأمين كاملا [2].

وفى غير هذه الصور لا يجوز التأمين من الخطأ العمدى، وإنما يجوز التأمين ضد الخطأ غير العمدى الصادر من المؤمَّن له سواء أكان يسيرًا أو جسيمًا؛ حيث لا يتوقف الخطر فى تلك الحالة على إرادته وحده، وإنما يتوقف على عوامل أخرى تسهم فى وقوعه، وقد نصت على ذلك المادة (٧٦/ ١) حين قالت: يكون المؤمن مسئولا عن الأضرار الناشئة عن خطأ المؤمن له غير المتعمد، وكذلك يكون مسئولا عن الأضرار الناجمة من حادث مفاجئ أو قوة قاهرة[3].

---

(١) راجع: التأمين للدكتور البدراوى ص ٢٠٥ .
(٢) ينظر عقد التأمين ص (٤١).
(٣) عقد التأمين ص (٤٣).

ثانى عناصر الخطر هو مشروعيته:

يشترط فى الخطر المؤمَّن منه أن يكون مشروعًا، ومعنى المشروعية أن يكون الغرض من التأمين غير مخالف للنظام العام والآداب؛ فلا يجوز التأمين ضد المسئولية الجنائية، أو ضد النتائج المالية لهذه المسئولية، أو ما يترتب عليها من عقوبات مالية كالغرامات، وذلك لمبدأ: شخصية العقوبة من النظام العام، ومن ثم لا يجوز أن ينتقل عبؤه من المؤمَّن له إلى المؤمِّن، كما لا يجوز التأمين من الأخطار المترتبة على عمليات التهريب؛ لعدم المشروعية، وهكذا . . . فقد نصت المادة (٧٤٩) مدنى على أنه يكون محلا للتأمين كل مصلحة إقتصادية مشروعة تعود على الشخص من عدم وقوع خطر معين [١].

العنصر الثالث من عناصر الخطر: النظرة الاجتماعية إليه:

تتطلب مشروعية الخطر عدم التأمين من الأخطار التى تخالف القانون أو النظام العام، كما سبق أن بيّنا؛ حيث إن ذلك يعتبر خروجًا وانحرافًا فى السلوك واعتداءً على القواعد والنظم وإهدارًا لحق الغير، والمسئول عن هذه الانحرافات كان أمامه حرية الاختيار بين الخير والشر، فاختار طريق الإضرار بالغير، ومن ثم يعد مخطئًا من الناحية الأخلاقية، ويجب أن يتحمل وحده جريرة خطئه فيعوض مَنْ أضر به عما لحقه بسبب إضراره به؛ إعمالا لفكرة الردع والعقاب.

ونظرًا للتقدم العلمى والصناعى فى العصرالحديث وما نتج عنه من كثرة الحوادث ووقوع الضرر بسبب الأخطاء، اضطر المشرع إلى الالتزام بمبدأ كفالة التعويض بدلًا من مبدأ التعويض بإثبات، ومعنى هذا أنه أصبح يقرر التعويض لكل من وقع عليه الضرر قدر الاستطاعة عن طريق التوسع فى مضمون الخطأ وتطويره إلى فكرة اجتماعية.

فبعد أن كانت علاقة المسئولية تنحصر فى المسئول والمضرور، تحولت فى عصرنا من الفردية إلى الجماعية فى تحمل الضرر، فعرف التأمين والتأمينات الاجتماعية، ولكن مع حماية القاعدة الأخلاقية عن طريق ردع المسئول عن الإضرار وعقابه، فأصبحت المسئولية ذات وجهين: فردى وجماعى. حيث يتحمل الفرد

---

(١) عقد التأمين ص (٤٤).

جزاء عمله، أما الجماعة فتسهل على المضرور حصوله على التعويض.

وأكثر الصور وضوحًا فى هذا المجال حوادث السيارات؛ حيث انتشر بصورة واسعة التأمين على السيارات والأضرار التى تنجم عن حوادثها فى الأرواح والممتلكات وأصبح التأمين إجباريًا فى الكثير من دول العالم[١] .

مسببات الخطر:

مسببات الخطر هى العوامل التى تساعد على وجوده وتؤثر فى احتمال تحققه أو فى مقدار الخسارة الناتجة عن تحققه أو فى كليهما معًا[٢] .

والأخطار نوعان: اقتصادية، وغيراقتصادية:

فأما الأخطار الاقتصادية فهى التى ينتج عن تحققها خسارة مادية ومالية يمكن تحديدها فى صورة عدد معين من الوحدات النقدية المستخدمة، وهى إما أخطار اقتصادية شخصية يقع عبؤها على الشخص الذى يتخذ القرار، وإما عامة وهى التى تصيب مجموعة كبيرة من الناس، ويصعب تجنبها أو منع تحققها.

وتنقسم الأخطار الاقتصادية إلى مجموعتين:

المجموعة الأولى: وتتضمن الأخطار غير القابلة للتأمين، وتسمى بالأخطار الطبيعية، أو أخطار الاقتصاد الساكن، أو أخطار المضاربة، أو الأخطار العامة، وهذه الأخطار منها ما يتعلق بالنواحى السياسية أو الاقتصادية أو الاجتماعية، فمن السياسية والاجتماعية مثلًا الحروب والثورات وحوادث الشغب والاضطرابات، ومن الاقتصادية مثلًا البطالة والكساد وارتفاع الأسعار[٣] ... إلخ.

المجموعة الثانية: وهى الأخطار الخاصة وهى القابلة للتأمين، وتنقسم عدة أنواع: أخطار الأشخاص، وهى التى يؤدى تحققها إلى أضرار تصيب الإنسان فى نفسه، وأخطار ممتلكات وهى التى يؤدى تحققها إلى تلف ممتلكات الفرد كالخسائر التى تترتب على أخطار الحريق والسرقة ...، وأخطار المسئولية المدنية، وهى

---

(١) راجع: نظرية التأمين التعاونى ص ٩٨ .

(٢) المرجع السابق ص (٨٧) .

(٣) راجع: الخطر والتأمين للدكتور السيد عبد المطلب ص ١٧، ونظرية التأمين التعاونى ص (٨٨) .

التى يؤدى تحققها إلى إصابة الإنسان فى شخصه وممتلكاته[١] .

وأما الأخطار غير الاقتصادية، فهى الأخطار التى يؤدى تحققها إلى خسارة معنوية لا يمكن تقويمها نقدًا، ومن ثم لا يمكن أن تكون موضوعًا للتأمين.

أنواع الأخطار:

يوصف الخطر بأنه ثابت أو متغير، ومعين أو غير معين، وبوسعنا أن نشير إلى كل نوع من هذه الأنواع.

الخطر الثابت: هو الذى تظل احتمالات تحققه ثابتة طوال مدة التأمين أو على الأقل خلال مدة معينة من الزمن، وهذا الثبات أمر نسبى، فقد يطرأ التغير المؤقت عليه، لكن الخطر مع ذلك يظل موصوفًا بالثبات، يتضح ذلك فى أخطار السرقة والفيضانات والحريق وحوادث السيارات، فاحتمال وقوع هذه الأشياء ثابت وإن كان يتغير من وقت إلى وقت، من حيث القلة والكثرة[٢] .

الخطر المتغير: وهو الخطر الذى تتغير احتمالات تحققه زيادة أو نقصًا، كثرة وقلة، صعودًا وهبوطًا خلال مدة التأمين، ويظهر ذلك جليًا فى التأمين على الحياة؛ حيث يزداد احتمال وقوع الموت كلما تقدم العمر[٣] .

الخطر المصيف: ويوصف بذلك إذا كان المحل الذى يقع عليه شخصًا كان أم شيئًا محددًا ومعينا وقت إبرام العقد مثل من يؤمن على منزله من الحريق فهو يؤمن من خطر إذا وقع يقع على شىء معين محدد القيمة هو المنزل.

الخطر غير المعين: وهو أن يكون محل التأمين فى حالة عدم تعين وقت إبرام العقد، كمن يؤمن من مسئوليته عن حوادث السيارات، فالخطر غير معين ولا معروف وقت التأمين، ولكنه يعرف ويعين فى المستقبل.

وتبرز أهمية التمييز بين الخطر الثابت والمتغير فى تحديد مقدار القسط الذى يدفعه المؤمَّن له وتعيين الضمانات التى يمنحها المؤمِّن لتغطية الأخطار المتغيرة؛

---

(١) راجع: إدارة منشآت التأمين للدكتور: عبد الرحمن عبد الباقى عمر (مكتبة عين شمس ط ١٩٧٣م) ص ٢١، والخطر والتأمين للدكتور السيد عبد المطلب ص ١١، ونظرية التأمين التعاونى ص ٨٩ .

(٢) عقد التأمين للدكتور عبد الله مبروك ص ٤٥، ونظرية التأمين التعاونى ص (٩٨) .

(٣) المرجعين السابقين، الصفحتان أنفسهما .

فيكون القسط ثابتًا ومحددًا فى حالة الأخطار الثابتة ومتغيرًا فى حالة الأخطار المتغيرة، فيزيد وينقص وفق صعود الخطر وهبوطه.

غير أن شركات التأمين تجعل القسط ثابتًا فى الحالتين؛ تيسيرًا للتعامل بين المؤمِّن والمؤمَّن له، فتراعى تزايد الخطر فى المستقبل، فتفرض قسطًا كبيرًا لا يتناسب مع درجة الخطر فى بداية التأمين، ويبقى القسط ثابتًا برغم تغير الخطر، وتحتفظ الشركة بالفرق بين القسط وما يناسب درجة الخطر كاحتياطى؛ لتواجه به تزايد الخطر وعجز الأقساط فى السنوات المتأخرة من التأمين[1] .

أما أهمية التمييز بين الخطر المعين وغير المعين فتبرز فى تقدير المبلغ الذى يجب على المؤمِّن دفعه للمؤمَّن له عند تحقق وقوع الخطر، فإذا كان الخطر معينًا سهل على المؤمِّن تقدير النتائج التى تنشأ عن تحقق وقوع الخطر، وهو تقدير تقريبى. أما الخطر غير المعين فيتعذر فيه التقدير؛ لعدم وجود أساس يرتكز عليه وقت التأمين لتحديد مبلغ التأمين؛ ومن ثم يكون على المؤمِّن الالتزام بالتعويض كاملًا، أو إذا ما اتفق الطرفان على تحديد مبلغ معين يكون حدًّا أقصى فإن المؤمِّن يلتزم بالضمان فى حدوده؛ حتى لا يفاجأ بدفع تعويض كبير، إذا ما تحققت الكارثة ووقع الخطر[2] .

الشروط الفنية للخطر:

بان لنا - فيما سبق الشروط القانونية للخطر من حيث كونه يجب أن يكون محتملًا مستقبلًا، وألا يتوقف تحققه على إرادة أحد الطرفين (المؤمن والمؤمن له)، وأن يكون مشروعًا، غير أن هناك شروطًا لابد من توافرها لكى يصبح الخطر قابلا للتأمين من الناحية الفنية، وهى أن يكون الخطر متعددًا ومشتتًا ومتماثلًا وجيدًا، وتفصيل هذه الشروط على النحو الآتى:

١ - تعدد الخطر وتواتره:

المراد بتعدد الخطر: كثرة وقوعه بصورة متواترة يمكن معها تطبيق قوانين الإحصاء التى يمكن معها تحديد احتمالات حدوث هذا الخطر.

ويعتبر توافر عدد كبير من الوحدات المعرضة للخطر نفسه شرطًا أساسيًّا يتحتم

---

(١) راجع: نظرية التأمين التعاونى ص ٩٩ .

(٢) راجع السابق ص ١٠٠ .

وجوده؛ لكى يصبح الخطر قابلًا للتأمين، وحتى لا تضطرب النتائج الفعلية وتتغير عن النتائج المتوقعة التى اتخذت أساسًا لحساب قسط التأمين كل هذا لأن التأمين يقوم بصفة أساسية على فكرة المقاصة بين المخاطر التى هى من نفس النوع، فلهذا يشترط أن يكون الخطر متواترا، والتواتر إنما ينظر فيه إلى مجموع المستأمنين مع بقاء عنصر الإحتمال فيه قائما بالنسبة لكل فرد منهم، والتواتر لا يتنافى مع شرط الإحتمال فى الخطر إذا كان نادر الحدوث أى غير متواتر، فإن التأمين منه لا يجوز، وذلك مثل التأمين فى مصر ضد خطر الصقيع أو خطر البراكين.

٢ - تشتت الخطر وتوزعه:

المقصود بتشتت الخطر تفرقه وانتشاره، بحيث يكون وقوعه فى أماكن متباعدة، وألا يحدث فى وقت واحد، فليس معنى كون الخطر موزعًا، أنه يجب أن يصيب عددا كبيرا من المؤمن عليهم بل يعنى ألا يصيبهم جميعا فى وقت واحد، حيث يؤدى ذلك إلى تعذر قيام المؤمن بإجراء المقاصة بين تلك المخاطر، وأجراء المقاصة من الأسس الفنية التى يقوم عليها التأمين.

وبناءً على ذلك لا تقوم هيئات التأمين بتغطية الأخطار الطبيعية مثل الزلازل والبراكين والفيضانات والأزمات الاقتصادية والحروب وغير ذلك من الأخطار التى لا يكون نطاق تحققها محصورًا، وإنما يمتد ليشمل عددًا كبيرًا فى الوقت نفسه، وتحرص على أن تكون عملياتها منتشرة غير متركزة فى منطقة واحدة؛ خوفًا من الإفلاس إذا ما تحققت هذه الأخطار، ولأنه فى حالة تأمين هذه الأخطار يلزم أن تكون أقساط التأمين مساوية لمبلغ التأمين تقريبًا، وهو أمر مستحيل يتنافى مع فكرة المقاصة بين الأخطار لشمول الكارثة لجميع الأفراد فى الوقت نفسه(١) .

٣ - تماثل الخطر:

ويعنى تماثل الأخطار أن تكون من طبيعة واحدة، وأن تكون متكافئة ومتعادلة مع الأقساط التى يدفعها المؤمَّن لهم، ولكى يتم ذلك يلزم أن تكون متشابهة فى طبيعتها وقيمتها ومتحدة فى مدتها وموضوعها؛ فيجب أن يكون:

- محل الخطر من طبيعة واحدة: حريق، سرقة، مسئولية؛ وبذلك تتعدد

---

(١) انظر: نظرية التأمين التعاونى ص ١٠١ .

المخاطر فى النوع الواحد من أنواع التأمين.

- ومتحدا فى موضوعه فيقع على أشياء أو أشخاص متماثلين.

- ومتفقًا فى مدته، فإذا اختلفت المدة صعبت المقاصة بين الأخطار.

- ومتجانسًا فى قيمته، فإذا انعدم التناسب فى القيمة اختل التوازن بين دخل المؤمن وما يلتزم بدفعه[١].

ومن المؤكد أن شرط التجانس أوالتماثل فى الأخطار المؤمن فيها، إنما يساعد على تحديد معرفة احتمالات وقوع الخطر المؤمن به.

جودة الخطر:

تقبل هيئات التأمين الأخطار الجيدة وترفض الرديئة؛ حرصًا على تحقيق التوازن بين إيراداتها ومصروفاتها، وحتى لا تقبل أخطار ينتج عن وقوعها خسائر غير عادية، يكون من الصعب عليها تحملها؛ ولذلك تقوم شركات التأمين بفحص الأخطار بعدة طرق كالكشف الطبى الذى تجريه على طالب التأمين على الحياة، وفحص المعلومات الواردة فى طلبات التأمين والتفتيش على موضوع التأمين والمعاينة المادية الدقيقة والتحرى عن ماضى الشخص وحاضره، وتقوم بفرز الأخطار غير المرغوب فيها وترفضها نهائيا، وتقوم بعض الشركات بتحديد أسعار تتناسب مع درجة خطورة كل مستوى فتحدد أسعارًا منخفضة للأخطار الجيدة وتطلب قسطًا مرتفعًا للأخطار الرديئة؛ لتحقيق التوازن[٢].

الركن الخامس: قسط التأمين:

وقسط التأمين هو المقابل المالى الذى يدفعه المؤمَّن له للمؤمِّن مقابل تحمل الآخر الخطر المؤمَّن منه، وهذا القسط له علاقة وثيقة بالخطر المؤمَّن منه[٣].

ويعتبر القسط أو الاشتراك ركنا أساسيًا فى أنواع التأمين جميعها، فكما لا يوجد تأمين بغير خطر لا يوجد تأمين بغير ثمن، فالخطر والقسط يمثل كل منهما أحد

---

(١) راجع التأمين للبدراوى ص ٢١٣، ونظرية التأمين التعاونى ص (١٠١).

(٢) نظرية التأمين التعاونى ص ١٠٢.

(٣) راجع: الوسيط للدكتور السنهورى ٧/ ١١٤٥، والتأمين فى الشريعة والقانون للدكتور شوكت عليان ص ٢٤، وعقد التأمين للدكتور عبد الله مبروك ص ٤٨، ٤٩، ونظرية التأمين التعاونى ص ١٠٣.

وجهى عملة واحدة.

والقسط فى التأمين التعاونى يسمى اشتراكا، وفى التأمين بقسط ثابت يسمى قسطا.

ويقوم المؤمن بتحديد القسط مراعيا فى ذلك المخاطر التى يتعرض لها المؤمن لهم، بعد إجراء المقاصة فيما بينهما مستعينا بقوانين الإحصاء، وللقسط فى عقد التأمين عنصران[١].

أولًا: القسط الصافى أو النظرى:

القسط النظرى هو المبلغ الذى يكفى لأداء المبالغ المحددة فى العقد فى حالة تحقق الخطر فى التأمين على الحياة أو المبلغ الذى يكفى لتغطية الأضرار الناتجة عن وقوع الخطر فى حالة التأمين من الأضرار دون أن يتعرض المؤمِّن للخسارة، ودون اعتبار لمصروفات هيئة التأمين أو الأرباح اللازمة لشركة التأمين فى التأمين التجارى[٢].

وهذ القسط النظرى (الصافى) يتحدد بناءً على عوامل عدة:

١ - درجة احتمال الخطر ودرجة جسامته:

أما درجة احتمال الخطر فيراد بها فرض تحققه، أى تحديد النسبة بين الحالات التى يتحقق فيها الخطر سنويا، وعدد الحالات التى يجرى الحساب على أساسها، ذلك أن شركات التأمين تعتمد عادة فى مباشرتها لعمليات التأمين المختلفة على الدراسات الإحصائية المتعددة حتى تستطيع تحديد نسبة احتمال تحقق الخطر المؤمن منه.

ففى التأمين من الحريق مثلا، قد تشير طرق الإحصاء إلى أنه من بين كل ألف منزل، يحترق سنويا ثمانية منازل، فإذا كان كل منزل منها مؤمنا عليه بمبلغ ألف جنيها، كان القسط الواجب دفعه ثمانية جنيهات[٣].

وأما درجة جسامة الخطر فإن تحديد مقدار القسط الصافى لا يتوقف على درجة إحتمال تحقق الخطر، وإنما يوضع فى الاعتبار أيضا درجة جسامته، أى جسامة

---

(١) ينظر عقد التأمين ص (٤٩).
(٢) راجع: نظرية التأمين التعاونى ص ١٠٤ .
(٣) ينظر عقد التأمين ص(٥٠).

الكارثة التى تحققت، ومدى الآثار المترتبة عليها فالهلاك الكلى مثل هلاك المنزل المؤمن عليه كليا، أو وفاة الشخص المؤمن عليه فى التأمين على الحياة، حيث يتحقق الفناء الكامل، ويستحق المؤمن له مبلغ التأمين كاملا؛ أما الهلاك الجزئى فإن المؤمن له لا يستحق فيه كل مبلغ التأمين، وإنما يستحق منه قدرا يتناسب مع الضرر الذى حدث، فمقدار القسط فيه ينقص لأن التزام المؤمن يكون أقل، ففى المثال السابق إذا أتى الحريق على ثلاثة أرباع المنزل المؤمن عليه يكون المستحق ستة جنيهات وإن أتى على النصف يكون المستحق أربعة جنيهات وهكذا فإن مقدار القسط يزيد بزيادة الخطر وجسامته وينقص ويقل مع قلته، بما يحقق التناسب بنيهما.

مبدأ تناسب القسط مع الخطر:

وهذ المبدأ يقوم على درجة الخطر واحتمال وقوعه وجسامته، ويترتب على ذلك أنه:

- إذا لم يكن هناك خطر أو زال الخطر وقت التعاقد أو تحقق وقوعه قبل التعاقد ففى هذه الحالات لا يكون تأمينًا، وإذا انعقد فباطل.

- إذا كان الخطر ثابتًا وقع القسط ثابتًا، وإن كان متغيرًا كان القسط كذلك، ومن ثم فالتأمين على الحياة، فيه الخطر متزايد، ومقتضى ذلك - كما أشرنا من قبل - أنه لابد أن يحدد فى بداية التأمين قسط أقل يتناسب مع درجة احتمال الخطر، ثم يزداد مع زيادة درجة الخطر بتقدم السن.

إلا أن هذه الطريقة - كما ذكرنا - تنفر كثيرًا من الناس؛ نظرًا لأن دخولهم تتعرض للنقص مع الشيخوخة، ومن ثم عرفت هيئات التأمين ما يعرف بـ «القسط الثابت» على أساس متوسط القسط المتغير حتى فى الحالات التى يتغير فيها الخطر[1].

- إذا كانت جسامة الخطر تتغير بالزيادة أو النقص، فإن القسط يتغير تبعًا لذلك، وهذا التغير فى طبيعة الخطر قد يقع من المؤمَّن له أو بفعل الغير أو بتغير الظروف: فإذا كان بفعل المؤمَّن له تحمل زيادة القسط، فإذا رفض ذلك كان للمؤمِّن الحق فى

---

(١) راجع: عقد التأمين، د. عبد الله مبروك ص ٥١ .

فسخ العقد، وعلى هذا نصت المادة (٢٠) من قانون التأمين الفرنسى حيث جاء فيها: إذا تسبب المؤمن له بفعله فى زيادة المخاطر المؤمن ضدها بحيث لو كانت هذه الحالة قائمة وقت إبرام العقد لا متنع المؤمن عن التعاقد أو لما تعاقد إلا فى نظير قسط أكبر، وجب على المؤمن له قبل أن يتسبب فى ذلك أن يعلن المؤمن بكتاب موصى عليه.

فإن فلم يكن للمؤمن له دخل فى زيادة الخطر وجب عليه أن يعلن المؤمِّن فى ظرف عشرة أيام لا تزيد، ويسمح للمؤمِّن فى هذه الحالة - إن أراد - بفسخ العقد إذا قبل المؤمَّن له: ويجوز للمؤمِّن طلب التعويض من المؤمَّن له؛ ولكن فى الوقت نفسه لا يجوز للمؤمِّن أن يحتج بزيادة المخاطر إذا أظهر رغبته فى البقاء بعد إبلاغ المؤمَّن له بذلك.

ويحق للمؤمَّن له إنقاص القسط إذا كان قد تحدد فى ظروف خاصة من شأنها زيادة الخطر، ثم اختفت هذه الظروف.

- إذا لم يتمكن المؤمِّن من معرفة حجم الخطر وجسامته فيكون له الحق فى المطالبة بزيادة القسط بما يتناسب مع حجم الخطر. فإذا لم تتضح الأمور إلا بعد وقوع الكارثة حُقَّ له أن ينقص التأمين بما يتناسب مع الأقساط المدفوعة[١] .

٢ - مبلغ التأمين:

يتحدد القسط - أيضا - بناء على المبلغ الذى يدفعه المؤمِّن للمستأمن، فإذا ارتفع هذا المبلغ زيادة زاد القسط المدفوع من قبل المؤمَّن له، وزيادة القسط تكون بنسبة محسوبة[٢] .

ويتحدد القسط النظرى على أساس أن المبلغ المؤمَّن به هو (مائة جنيه)، فإذا ثبت من قوائم الإحصاء أن كل قسط فى حالة تأمين الحريق هو جنيهان، وأمَّن المؤمَّن له على مائة جنيه، فإنه يدفع هذا القسط ويزيد هذا المقدار إلى عشرة أمثاله، وإذا كان المبلغ المؤمن عليه هو (ألف جينه) فيكون القسط عشرون جنيهًا وهكذا، كلما ازداد المبلغ يزداد القسط[٣] .

---

(١) السابق ص ٥٢، ٥٣ .

(٢) راجع: عقد التأمين للدكتور عبد الله مبروك ص ٥٣، ونظرية التأمين التعاونى ص ١٠٦ .

(٣) الوسيط للسنهورى ٧/ ١١٤٥ .

٣ - مدة التأمين:

يتوقف تحديد القسط أيضًا على مدة التأمين، وهى المدة التى يضمن خلالها المؤمِّن الخطر المؤمَّن منه وهى المدة الزمنية التى يقاس خلالها درجة احتمال الخطر وحساب القسط، وهى سنة كقاعدة عامة[١] ، فإذا زادت مدة العقد عن سنة زاد القسط بمقدار هذه الزيادة، فإذا كان القسط السنوى جنيهين لكل (مائة جنيه) عن سنة، ففى مدة عقد سنتين يزيد القسط بمقدار هذه المدة، فيصبح أربعة جنيهات[٢] .

٤ - سعر الفائدة:

المعروف أنه تتجمع مبالغ طائلة لدى هيئات التأمين من الأقساط التى يدفعها المستأمنون فى مقابل التأمين، هذه المبالغ تقوم هيئات التأمين بتوظيفها واستغلالها وتحصّل من وراء ذلك أرباحًا، وعند تحديد القسط الصافى يجب أن يخصم منه المتوسط العام لسعر الفائدة، فإذا زادت الفائدة على ما يستثمره المؤمِّن من أموال المستأمنين انخفض القسط تبعًا للزيادة، وإذا نقص سعر الفائدة ارتفعت قيمة القسط تبعًا لهذا الانخفاض[٣] .

وتلتزم هيئات التأمين الحذر عند تحديد معدل الفائدة الذى يمكن تحقيقه فى المستقبل، فتقوم بتحديد فائدة أقل من المعدل الممكن تحقيقه فعلًا، ويمثل الفرق الذى تحصل عليه الهيئة من سعر الفائدة مصدرًا من مصادر احتياطياتها[٤] .

ثانيًا - علاوات القسط (أعباء القسط):

يمثل القسط الصافى المبالغ اللازمة لتغطية المخاطر المتحقق وقوعها فعلًا دون زيادة أو نقص، لكن هذا القسط لا يمثل كل المبالغ التى يدفعها المؤمَّن له، فهناك بعض المبالغ الأخرى يتحملها، وهذه المبالغ تسمى بـ «القسط المثقل» أو «القسط التجارى» أو «المعلى»، وتتمثل فى:

١ - نفقات اكتساب العقود: وهى العمولة التى يأخذها مندوبو شركات التأمين والوسطاء الذين يحضون العملاء على التعاقد ويسهلون لهم سبله، وتصل عمولة

---

(١) التأمين للبدراوى ص ٢٢١ .
(٢) عقد التأمين للدكتور عبد الله مبروك ص ٥٣ .
(٣) الأحكام العامة لعقد التأمين للدكتور محمد حسام لطفى (دار الثقافة للطباعة والنشر، ط ١٩٨٨م) ص ٢٠٩، وعقد التأمين للدكتور عبد الرازق حسن فرج (ط١٩٨٥م) ص ٧٢ .
(٤) التأمين للبدراوى ص ٢٢٢، والخطر والتأمين للدكتور السيد عبد المطلب ص ٢٤٧ .

هؤلاء الوسطاء فى بعض الأحيان إلى ٢٠% أو ٢٥% من قيمة القسط المدفوع يتحملها العميل إضافة إلى القسط الصافى[١] .

٢ - هامش الأرباح والاحتياطيات:

فى هيئات التأمين التبادلى والهيئات التعاونية للتأمين تقتصر وظيفة الهامش على تكوين احتياطى طوارئ لمواجهة الانحرافات غير المتوقعة فى معدلات الخسارة والمصروفات.

أما فى المشروعات التجارية مثل: الشركات المساهمة للتأمين فإن هذا الهامش يجب أن يوفر لمالكى هيئة التأمين الأرباح المناسبة المتوقع الحصول عليها، وعادة لا تتجاوز نسبة الأرباح والاحتياطيات ٥% من السعر، وتختلف هذه النسبة باختلاف نوع التأمين والهيئة المصدرة، وتكون نسبة الهامش أكبر فى المشروعات التجارية عنها فى المشروعات التعاونية؛ لانعدام الربح فى النوع الأخير[٢] .

٣ - نفقات تحصيل الأقساط:

شركات التأمين - غالبًا - ما تنص فى العقد أنه يجب على المؤمَّن له الوفاء بأقساط التأمين فى محل الشركة المتعاقد معها، ولكن مع ذلك تسعى الشركات عن طريق مندوبيها إلى المؤمَّن له فى محله لتقاضى الأقساط، ومن ثم فالنفقات التى تعطيها الشركات لمندوبيها يتحملها المؤمَّن له، فتضاف إلى القسط الصافى[٣] .

٤ - مصاريف الإدارة.

هيئة التأمين تتحمل فى سبيل قيامها بأعمالها نفقات: كالمرتبات، وأجور العاملين، وأتعاب الخبراء الذين تستعين بهم للكشف عن المخاطر وتقدير الأضرار، ونفقات الدعاوى، ونفقات تسوية الكوارث، وغيرها من نفقات الإدارة، هذه النفقات تضاف جميعها إلى القسط الصافى[٤] .

---

(١) التأمين للدكتور البدراوى ١٥٣، الوسيط للسنهورى ١١٤٧/٧، وعقد التأمين للدكتور عبد الله مبروك ص ٥٤ .

(٢) الخطر والتأمين، للدكتور السيد عبد المطلب عبده ص ٢٨٢، ونظرية التأمين التعاونى للدكتور رجب عبد التواب ص ١٠٧ .

(٣) الوسيط للسنهورى ١١٤٧/٧، وعقد التأمين للدكتور عبد الله مبروك ص ٥٥ .

(٤) راجع: عقد التأمين للدكتور عبد الله مبروك ص ٥٥، ونظرية التأمين التعاونى لرجب عبد التواب ص ١٠٩ .

٥ - الضرائب والرسوم:

يتحمل المؤمَّن له ما تفرضه الدولة من ضرائب ورسوم، رغم أن اللوائح والوثائق تنص صراحة على أن الذى يتحملها المؤمِّن[١]

٦ - أرباح شركات التأمين

تحرص شركات التأمين على إضافة قدر من الربح إلى القسط؛ حيث تدخل هذه الأرباح فى الاعتبار عند تحديد القسط، ومن ثم تضاف إليه[٢] .

الركن السادس: مبلغ التأمين:

عرف الدكتور عبد الله مبروك مبلغ التأمين فقال: هو ذلك المبلغ الذى يمثل التزام المؤمن عند وقوع الخطر المؤمن منه، أو عند وقوع الحادث المؤمن منه، وهذا الالتزام هو ما يقابل التزام المؤمن له بدفع قسط التأمين، ولهذا كان مرتبطا به ومتناسبا معه، وكلما ارتفع المبلغ، ارتفع القسط تبعا له[٣] .

إذن فمبلغ التأمين هو الذى يُتَّفق عليه مقدمًا؛ ليكون أساسًا للتعويض الذى يقوم المؤمِّن بدفعه إلى المؤمَّن له فى حالة وقوع الخطر وحدوث الكارثة المؤمَّن منها وهناك علاقة وثيقة بين قسط التأمين ومبلغ التأمين؛ حيث إن قسط التأمين يحسب على أساسه مبلغ التأمين، فكلما زاد القسط زاد مبلغ التأمين.

ويعتبر مبلغ التأمين دينًا فى ذمة المؤمِّن، قد يكون هذا الدين مضافًا إلى أجل غير معين، كما فى التأمين على الحياة لحال الوفاة؛ إذ الموت لا يعرف أحد متى يجىء، وقد يكون مبلغ التأمين دينًا احتماليًا فى حالة التأمين على الأشياء من الحريق مثلًا أو التأمين من المسئولية؛ فالخطر فى هذه الحالات غير متحقق الوقوع، فقد يقع وقد لا يقع.

وتنص المادة (٧٤٧) من القانون المدنى المصرى على أن المؤمِّن يلتزم بدفع مبلغ من النقود للمؤمَّن له أو المستفيد؛ إما جملة واحدة أو على هيئة مرتب مدى الحياة، أو يلتزم بعوض مالى آخر مثل التزامه بإعادة بناء عقار فى حالة احتراقه بدلًا من

---

(١) راجع: الأحكام العامة لعقد التأمين للدكتور محمد حسام ص (٢١٢)، وعقد التأمين للدكتور عبد الله مبروك ص ٥٦ .

(٢) راجع الأحكام العامة لعقد التأمين ص ٢١٢، وعقد التأمين للدكتور عبد الله مبروك ص ٥٦ .

(٣) عقد التأمين ص ٥٦ .

التعويض، أو إصلاح سيارة مؤمَّن عليها . . . إلخ ويتحدد مبلغ التأمين الذى يلتزم به المؤمِّن بحسب الاتفاق المبرم بينه وبين المؤمَّن له، مع بعض الأمور التى يجب الاعتداد بها، وتختلف هذه الأمور بحسب ما إذا كان التأمين تأمينا على الأشخاص أو تأمينًا على الأضرار أو الأشياء

أداء المؤمِّن فى التأمين على الأشخاص:

وفى هذا النوع من التأمين يتحدد مقدار أداء المؤمن بالمبلغ المتفق عليه بين الطرفين المؤمن والمؤمن له أو المستفيد من التأمين عند التعاقد، دون إعتبار للأضرار التى حاقت بها، إذ ليس لهذا النوع من التأمين صفة تعويضية (مادة ٧٥٤ مدنى) ويترتب على انتفاء الصفة التعويضية لمبلغ التأمين، وفى حالة التأمين على الأشخاص أنه يجوز الجمع بين مبلغ التأمين والتعويض المستحق قبل المسئول عن الضرر، كما يجوز للمؤمن له فى التأمين على الأشخاص أن يبرم عقود تأمين متعددة، وله فى هذه العقود المتعددة أن يقبض مبالغ التأمين مع ما قد يستحقه من تعويض قبل المسئول[١] .

أداء المؤمن فى التأمين من الأضرار:

وفى هذا النوع من الواجب ألا يزيد مقدار ما يلتزم به المؤمِّن عن الضرر الذى لحق المؤمَّن له، حتى ولو زاد المبلغ المتفق عليه، وهذا مبدأ أساسى للتأمين فى الأضرار، ومن ثم يشترط لاستحقاق مبلغ التأمين وقوع ضرر بالفعل، فإذا وقع الحادث المؤمَّن منه دون ضرر يترتب عليه فلا يجب دفع مبلغ التأمين.

وهذا النوع من التأمين لا يجب أن يكون مصدرًا لإثراء المؤمَّن له؛ حتى ولو كان الشىء المؤمَّن عليه ساعة وقوع الحادث مرتفع القيمة (مادة ٧٥١ مدنى)، ومن هنا، فالمؤمِّن فى كل الأحوال لا يلتزم إلا بدفع أقل القيمتين: مبلغ التأمين، أو مقدار القيمة التعويضية عن الضرر الذى أصاب المؤمَّن له؛ لأن التأمين من الأضرار ذو صفة تعويضية.

وعلى هذا لا يجوز التأمين على الخطر الواحد أكثر من مرة لصالح شخص واحد؛ لأنه فى جميع الأحوال لن يتجاوز مبلغ التأمين مقدار الضرر، ولا يجوز

---

(١) عقد التأمين ص ٥٧، ٥٨ .

الجمع بين التعويض ومبلغ التأمين (مادة ٧٦١ مدنى).

أداء المؤمن فى التأمين على الأشياء

وقد يتحدد مبلغ التأمين الذى يلتزم به المؤمِّن على قيمة الشىء المؤمَّن عليه، وفى هذه الحالة يتوقف التحديد على مقدار النسبة بين المبلغ المؤمَّن به والقيمة التأمينية، فإذا كانا متساويين؛ فإن المؤمَّن له يحصل على مبلغ يساوى كل الضرر الواقع، أما إذا كان المبلغ المؤمَّن به يزيد عن قيمة الشىء المؤمَّن عليه، وهذه الصورة تسمى «تأمين المغالاة» أو «التأمين الزائد»، ففى هذه الحالة لا يجوز أن يزيد مبلغ الأداء عن قيمة الشىء المؤمَّن عليه وقت وقوع الحادث؛ إعمالًا للصفة التعويضية.

أما إذا كان المبلغ المؤمَّن به أقل من قيمة الشىء وقت وقوع الحادث، ففى هذه الحالة لا يجوز للمؤمَّن له أن يأخذ زيادة على مبلغ التأمين المتفق عليه مهما بلغ الضرر، وتسمى هذه الصورة «التأمين البخس أو الناقص»[(١)]

فإذا كانت هناك سيارة قيمتها عشرون ألف جنيه، وأمَّن عليها صاحبها بخمسة آلاف جنيه، فلا يأخذ المؤمَّن له أكثر من المبلغ المؤمَّن به (خمسة آلاف جنيه)، فلو هلكت السيارة هلاكًا جزئيًا، أى وقع الضرر فى جزء منها دون كلها ففى هذه الحالة تنطبق «قاعدة النسبية».

قاعدة النسبية:

قاعدة النسبية، تعنى: أنه فى حالة التأمين البخس أو الناقص إذا كانت قيمة الشىء أكبر من مبلغ التأمين وقت وقوع الخطر، ووقع الضرر جزئيًا، فمبلغ التأمين يتحدد بنسبة ما سببه الحادث من هلاك جزئى.

وتبرر قاعدة النسبية بعدة مبررات:

أولها: أنها قاعدة تحقق العدالة التى تقتضى ألا يتحمل المؤمِّن زيادة على ما قبض من القسط.

ثانيها: أنها قاعدة تسوى بين مجموع المؤمَّن لهم، وتعاملهم حسب المقدار الذى

---

(١) انظر: التأمين للدكتور عبد المنعم البدراوى (مكتبة وهبة ١٩٦٣) فقرة ١٦٣، وعقد التأمين للدكتور عبد الله مبروك ص ٥٩ .

دفعه كل واحدٍ منهم؛ إذ لو تساوى المؤمَّن له فى التأمين البخس مع غيره من المؤمنين الذين يختلفون عنه، لكان ذلك ظلمًا لهم؛ حيث سيؤخذ من مالهم ما يسد النقص فى التأمين البخس، وهذا ظلم لهم الواجب رفعه[١] .

ثالثها: أن هذه القاعدة سارية حالة الهلاك الكلى للشىء المؤمَّن عليه، فبالأولى أن تسرى فى حالة الهلاك الجزئى.

رابعها: أن القاعدة لها معنى خلقى؛ إذ تطبيقها يدفع المؤمَّن له إلى المحافظة على الشىء المؤمَّن عليه؛ حيث إنه لو هلك الشىء لن يعوض إلا بنسبة من قيمته لا كل قيمته، فيدعوه ذلك إلى المحافظة على الشىء المؤمَّن عليه[٢] .

ولتطبيق قاعدة النسبية عدة شرائط هى:

١ - أن يكون الشىء المؤمن عليه مقدرًا أو قابلًا للتقدير، أما إذا كان التأمين على أشياء غير معينة كالمرض[٣] مثلًا فلا مجال لإعمال قاعدة النسبية[٤] .

٢ - أن يكون التأمين بخسًا؛ حيث يقل مبلغ التأمين عن قيمة الشىء المؤمن عليه وقت وقوع الحادث، ومن ثم يقدر مبلغ التأمين على هذا الأساس البخس؛ منعًا للظلم الذى يقع على المؤمِّن والمؤمَّن لهم إذا تساوى معهم صاحب التأمين البخس، وحتى يكون هناك مبرر لإعمال قاعدة النسبية.

٣ - أن يكون الهلاك أو الضرر المؤمَّن منه نسبيًا؛ لأن الهلاك لو كان كليًا فأهلك الشىء المؤمَّن كلية، استحق المؤمَّن له مبلغ التأمين كاملًا، ولا يكون هناك مبرر لإعمال قاعدة النسبية[٥] .

ويترتب على قاعدة النسبية بعض الآثار:

منها: أن المؤمَّن له لن يحصل إلا على جزء من مبلغ التأمين يتناسب مع الخطر الذى وقع، ومن ثم فمعرفة الجزء التالف أو الهالك من الشىء يكشف عن قيمة

---

(١) راجع: التأمين للدكتور عبد الحى حجازى (ط ١٩٥٨م) فقرة ١٢٨، والأحكام العامة لعقد التأمين للدكتور محمد حسام لطفى (دار الثقافة للطباعة والنشر، ١٩٨٨م) ص ٢٢٢، وعقد التأمين للدكتور عبد الله مبروك ص ٦٠ .

(٢) راجع: الأحكام العامة لعقد التأمين، الصفحة نفسها، وعقد التأمين ص ٦١ .

(٣) إذ المرض لا يمكن تحديده أو تحديد قيمة العلاج منه من كشف وأدوية وتحاليل . . .

(٤) عقد التأمين ص ٦١ .

(٥) السابق ص ٦٢ .

التأمين الواجب على المؤمِّن.

التأمين غير المحدد:

«قد لا يتحدد مبلغ التأمين الذى يلتزم به المؤمِّن مقدمًا، كما هو الشأن بالنسبة للتأمين من الأضرار، فإنه يتفق على تعويض المؤمِّن للمؤمَّن له، عن كل خطر يصيبه، فمثل هذا الالتزام صحيح؛ لأنه وإن كان التزام المؤمِّن غير محدد وقت إبرام التأمين فإنه قابل للتحديد والتعيين بعد ذلك؛ ومن ثم فإنه يكون صحيحًا وفقًا للقواعد العامة فى الالتزامات».

وقد أوجب القانون (رقم ٦٥٢ لسنة ١٩٥٥) أن يكون التأمين غير المحدد إجباريًّا ضد حوادث السيارات، وذلك وفقًا لما نصت عليه المادة الخامسة من هذا القانون من أن «المؤمِّن يلتزم بتغطية المسئولية المدنية الناشئة عن الوفاة أوعن أية إصابة بدنية تلحق أى شخص من حوادث السيارات إذا وقعت فى جمهورية مصر، ويكون التزام المؤمِّن بقيمة ما يحكم به قضائيًّا من تعويض مهما بلغت قيمته، ويؤدى المؤمِّن مبلغ التعويض لصاحب الحق فيه».

الركن السابع - المصلحة فى التأمين:

المقصود بالمصلحة فى التأمين: العلاقة بين المؤمَّن له والخطر المؤمَّن منه والتى بمقتضاها يعانى المؤمَّن له خسارة إذا تحقق الخطر المؤمَّن منه، أى تكون له مصلحة فى بقاء الشىء أو الشخص المؤمَّن عليه على حالته قبل وقوع الخطر[1].

ويمكن تعريف المصلحة بأنها فائدة جدية ومشروعة للمؤمن له من عدم تحقق الخطر المراد التأمين منه.

والمصلحة من أركان التأمين؛ حيث يرى فقهاء التأمين وجودها؛ بحيث لو لم يكن للمؤمَّن له مصلحة فى التأمين فإنه يتحول إلى عملية من عمليات المقامرة أو الرهان، فالذى يؤمن على شىء لا يملكه لن يخسر بفنائه، والذى يؤمن على شخص لا تربطه به علاقة تصلح أن تكون أساسًا لتوفر مصلحة تأمينية لا يختلف كثيرًا عن المقامر والمراهن؛ لأن تحقق الخطر سيعود عليه بربح غير مشروع، فمثلًا لا تظهر أهمية اشتراط المصلحة عنصرًا من عناصر التأمين على الأشخاص إلا فى حالة

(١) راجع: التأمين فى الشريعة والقانون د. شوكت عليان ص (٢٤).

التأمين على الغير؛ فإنه يجب أخذ موافقة هذا الغير على إجراء التأمين له.

وقد نصت المادة (٩٩٢) من القانون المدنى العراقى على أنه «يقع باطلًا التأمين على حياة الغير مالم يوافق الغير عليه كتابة قبل إبرام العقد»[١] .

وقد اختلف أهل القانون فى ضرورة المصلحة فى جميع أنواع التأمين:

فرأى بعضهم وجوب توافر المصلحة فى جميع أنواع التأمين.

ويرى بعضهم ضرورة توافرها فى التأمين من الأضرار دون الأشخاص[٢] .

ومعنى هذا أن هناك فرعين للمصلحة:

الفرع الأول: المصلحة فى التأمين من الأضرار:

والمقصود بالمصلحة فى التأمين من الأضرار أن يكون للمستأمن أو المستفيد مصلحة فى عدم وقوع الضرر؛ وبذلك تم التأمين ضد وقوع الخطر، ويجب أن تكون مصلحة اقتصادية مشروعة يمكن تحديدها بالقيمة المالية؛ ولذلك استبعد فريق من أهل القانون المصلحة غير المالية، ولعل الذى دفعهم إلى ذلك هو صعوبة تقدير المصلحة الأدبية ومع هذا فالرأى الراجح فى الفقه أنه يجوز التأمين من الكسب الفائت بثلاثة شروط:

أولها: الاتفاق على ذلك صراحة بين الأطراف، فإذا تخلف الإتفاق اقتصر اثر التعويض على الضرر الذى وقع بالفعل.

ثانيها: أن يكون الكسب محققا ونهائيا، والمثال التقليدى لهذا الشرط، هو التأمين على المزروعات من خطر الصقيع، حيث يستهدف المؤمن له تسويقها بعد جنيها، فإذا أصابها الصقيع وجب تعويضه عن الضرر الذى حدث، والربح المؤمل الذى فات.

ثالثها: أنها تعين عناصر الكسب الفائت بدقة فى العقد[٣] .

وتقاس المصلحة فى التأمين من الأضرار بالقيمة المالية التى تكون للشىء المؤمن عليه، فمن أمن على منزله من الحريق يكون قد أمن مصلحة قيمتها المادية هى القيمة

---

(١) انظر: بحوث فقهية للشيخ عز الدين المحلى (بيروت، الطبعة الثانية ١٣٩٣ هـ) ص ١٩، وقوانين التأمين لطالب المصرف ص ٣٣ .

(٢) راجع: نظرية التأمين التعاونى للدكتور رجب عبد التواب ص ١١٣ .

(٣) ينظر عقد التأمين ص (٦٥).

المالية للمنزل عند احتراقه إذا احترق، ومن أمَّن على مسئوليته من حوادث السيارات يكون قد أمن على مصلحة قيمتها المادية هى القيمة المالية للدين الذى يترتب فى ذمته إذا تحققت مسئوليته[١] ، فإذا انعدمت المصلحة المالية كان التأمين باطلًا بطلانًا مطلقًا[٢] ، فحيث لا مصلحة للشخص فى المحافظة على الشىء فلا خسارة تلحقه نتيجة لفقده، ومن ثم فلا مجال للتأمين عليه، وأيضًا السماح بالتأمين على أشياء لا مصلحة للمستأمن فى الإبقاء عليها يشجع على المخاطر المفتعلة؛ بغية الحصول على مبلغ التأمين، الأمر الذى يجافى مقتضى النظام العام[٣] .

ولا بد أن تكون المصلحة - إضافة إلى ماسبق - مشروعة، بمعنى أن تكون موافقة للنظام القانونى العام والآداب وأن تكون محلا للتأمين، فلا يجوز التأمين على المخالفات الجنائية؛ لأنها غير مشروعة، وكل ما يخالف القانون كذلك.

والحكمة من اشتراط المصلحة تتبين فى أنه لولا اشتراطها لعمل المؤمَّن له على وقوع الكارثة وبذلك يحصل على التأمين، ليس هذا وحسب، بل يتسبب فى عدم اشتراطها كثرة وقوع الكوارث وتعددها، وخاصة إذا عمَّ الفساد الخلقى؛ لأن بعض الناس - ساعتها - سيعتقدون أن المؤمِّن هو الذى يتحمل المسئولية ويقوم بدفع العوض، وهذا مثلما نراه الآن من استهتار كثير من السائقين وتعديهم على أرواح البشر وقتلهم الأبرياء من الناس؛ وذلك تسرب إليهم بسبب اعتقادهم أن التأمين سيغطى عنهم مسئوليتهم عن الضرر الواقع.

وتتوافر المصلحة التأمينية عند انعقاد عقد التأمين، وتظل سارية سريانه حتى تتحقق الكارثة، فإذا لم توجد المصلحة وقت انعقاد التأمين بطل بطلانًا مطلقًا، ومتى زالت المصلحة أثناء سريان التأمين ترتب عليه توقف العقد وانتهاؤه، ويترتب على انتهاء العقد سقوط الالتزام المادى (القسط) عن المؤمَّن له، ولكن إذا كانت عليه أقساط متأخرة قبل زوال المصلحة وجب عليه دفعها للمؤمِّن، ولا يحق للمؤمَّن له بعد زوال المصلحة اقتضاء مبلغ التأمين[٤] .

(١) راجع: الوسيط للسنهورى ٧/ ١٥٢٥ .
(٢) راجع: التأمين للدكتور عبد المنعم البدراوى ص ٢٧٩ .
(٣) راجع: نظرية التأمين التعاونى لرجب عبد التواب ص ١١٤، ١١٥ .
(٤) راجع التأمين للبدراوى ص ٢٨٠، ونظرية التأمين التعاونى ص ١١٥ .

وإذا تعين ذلك، انتهينا إلى جواز التأمين من الضرر الواقع والربح الفائت، يبقى أن نعرف أصحاب المصلحةفى التأمين من الأضرار، وقد رأينا أن كل من يرتبط بشىء ذى قيمة معينة مالية أو أدبية، يكون بها صاحب مصلحة مباشرة أو غير مباشرة فى عدم تحقق الخطر بشأنه، يمكن أن يبرم عقد التأمين من الأضرار عن هذا الشىء، وبهذا يمكن إعتبار أصحاب الحقوق العينية الأصلية والتبعية، لهم مصلحة جدية وأكيدة فى التأمين على الشىء، وذلك فى حدود الدَّين المضمون فقط، فكل منهم له علاقة مالية واضحة بشىء، وتجعله حريصا على بقائه، ويجوز للدائن المرتهن أن يبرم عقد تأمين على الشىء المرهون إذا كان مؤمنا عليه من مدينه بالفعل، حيث إن له مصلحة فى ذلك لتجنب سقوط حق مدينه فى التأمين لأى سبب من الأسباب، فهو يضمن بالوثيقة التى بيرمها حصوله على دينه عند هلاك المال المرهون، ولا يكون للدائن المرتهن مصلحة فى التأمين على الشىء المرهون إذا كان هناك دائنون أخرون يتقدمون عليه فى الترتيب فى استيفاء حقوقهم، وقد نصت على ذلك صراحة المادة (٧٧٠/ ١، ٢ مدنى مصرى) بقولها: إذا كان الشىء المؤمن عليه مثقلا برهن حيازى أو تأمينى أو غير ذلك من التأمينات العينية، انتقلت هذه الحقوق إلى التعويض للمستحق للمدين بمقتضى عقد التأمين إذا شهرت هذه الحقوق، أو أعلنت إلى المؤمن، ولو بكتاب موصى عليه، فلا يجوز له أن يدفع ما فى ذمته للمؤمن له إلا برضاء الدائنين، ورغم ورود هذا النص بشأن التأمين على الحريق إلا أنه لا خلاف فى سريانه على كل أنواع التأمين[١].

ويجوز لكل صاحب مصلحة فى الإبقاء على الشىء أن يؤمِّن عليه، والمالك هو أول الأشخاص الذين لهم مصلحة فى عدم وقوع الكارثة، لكن هناك أصحاب الحقوق العينية: كالدائن والمرتهن فهؤلاء يتقرر التأمين لهم على أعيان محددة وتبدو مصلحتهم فى المحافظة على ما يرد عليه حقهم إلى حين استيفاء الدين.

وأما المنتفع - وإن كان حقه ينقضى بهلاك الشىء أو تلفه تمامًا - فإن هذا الحق ينتقل إلى ما قد يقوم مقامه من تعويض يدفع فى حالة وجود ضمان، فكلٌّ من المستأجر والمستعير والمُسْتَوْدَع معرض للمسئولية عن الهلاك أو التعييب بالنسبة

---

(١) ينظر عقد التأمين ص (٦٧).

للشيء الذى فى حيازته، فتكون له مصلحة فى التأمين لمواجهة التعويضات التى تستحق عليه فى حالة تحقق هذه المسئولية.

وقد تقوم مصلحتان فى التأمين على شيء واحد: كمصلحة المالك فى التأمين من الحريق، ومصلحة المستأجر فى التأمين من المسئولية عن الحريق، ولا يغنى أى من هذين التأمينين عن الآخر[١] .

ويصح أن يعقد التأمين لحساب الغير بالوكالة إذا توافرت المصلحة؛ كما يجوز أن يقوم التأمين لحساب من يثبت له الحق فيه، وفى هذه الحالة يستفيد من التأمين من لا يكون مالكًا للشيء وقت وقوع الكارثة. وقد نشأ هذا التأمين فى ظل التأمين البحرى وانتقل إلى التأمين البرى، وصار يلجأ إليه من يحوز بضائع وسلع مملوكة للغير، ومن يكون مودعًا لديه متى أراد أن يغطى مسئوليته[٢] .

الفرع الثانى: المصلحة فى التأمين على الأشخاص:

سبق أن بيّنا اختلاف أهل القانون حول ضرورة المصلحة فى جميع أنواع التأمين وأن هناك اتجاهين؛ اتجاهًا يراها ضرورة فى الأشياء دون الأشخاص، واتجاهًا يراها ضرورة فى جميع أنواع التأمين:

ومعنى هذا: أنه لا اختلاف بين أهل القانون فى التأمين على الأشياء من الضرر المتوقع، ولكن الخلاف بينهم فى التأمين على الأشخاص:

فقد رأى بعضهم أن المصلحة لا تعتبر ركنًا فى التأمين على الأشخاص بصفة عامة، وفى التأمين على الحياة بصفة خاصة، وهذا ما أخذ به المشرع فى قانون التأمين الفرنسى، إذ أورد المصلحة بين النصوص الخاصة بعقد التأمين على الأشياء، ونص فى المادة (٥٧ منه) على بطلان التأمين على حياة الغير بدون رضاه كتابة، أو إذا كان قاصرا لم يبلغ عمره الثانية عشرة أو كان محجورا عليه أو مختل العقل، أو محجوزا فى مستشفى للأمراض العقلية (مادة ٥٨).

ورأى البعض الآخر التمييز فى تأمين الأشخاص بين: تأمين الشخص على حياته هو والتأمين على حياة الغير:

---

(١) راجع: نظرية التأمين التعاونى ص ١١٦، ١١٧ .

(٢) السابق ص ١١٧ .

ففى حالة تأمين الشخص على حياة نفسه من المستبعد أن يتعمد إلحاق الأذى بنفسه لمجرد الرغبة فى الحصول على مبلغ التأمين؛ إذ غريزة حب البقاء كفيلة بالقضاء على مثل هذا التفكير؛ ومن ثم فالمصلحة هنا واضحة، وإن كان هناك من يرى أن المصلحة فى هذه الحالة معنوية وأنه لا فائدة من اشتراطها. وفريق يرى أنها متوفرة بالضرورة وتطلبها يعتبر من فضول القول[١] .

أما فى حالة التأمين على حياة الغير فإن انعدام مصلحة المؤمَّن له فى المحافظة على حياة المؤمَّن عليه يخشى منه أن يكون سببًا يدفعه إلى العمل على الإضرار بالمؤمَّن عليه؛ ليحصل على مبلغ التأمين، وهذه الخشية ليست من قبيل الأوهام، فسجلات القضاء غاصَّة بحوادث القتل العمد التى يرتكبها أناس أمَّنوا عليحياة غيرهم ممن لا مصلحة لهم فى المحافظة عليهم[٢] . ومن ثم فالمشرع فى سبيل الحيولة بين المؤمن له، وبين إيقاع الخطر بالمؤمن عليه جعل من الإعتداء على حياة الغير المؤمن عليه سببا لحرمان المستفيد من التأمين (المؤمن له) من مبلغ التأمين، كما أنه اشترط فى حالة التأمين على حياة الغير موافقة هذا الغير كتابة قبل إبرام العقد.

والراجح فى الفقه أن المصلحة فى التأمين على الأشخاص تعتبر عنصرا فى التأمين كما هو الشأن بالنسبة للتأمين على الأشياء، بدليل أن المشرع حين نص فى المادة (٧٤٩) على شرط المصلحة، أورد هذا النص فى الأحكام العامة لعقد التأمين، فينطبق على كل أنواع التأمين سواء منها تأمين الأشياء أو تأمين الأشخاص.

ومما يرجح ذلك: أنه فى التأمين على حياة الغير، يجب أن يهتم القانون من ناحية بوضع الوسائل الكفيلة بتنبيه المؤمن على حياته إلى المخاطر التى يتعرض لها ويمنع المؤمن له أو المستفيد من استعجال وفاة الغير المؤمن عليه، ومن ناحية أخرى بفرض شروط تباعد هذا التأمين عن نطاق المضاربة غير المشروعة، ذلك أنه إذا لم يكن للمؤمن له أى مصلحة فى استمرار حياة المؤمن عليه، فلن يصيبه أى ضرر من وفاته، فيجد مجالا واسعا للمضاربة على هذه الحياة، كأن يؤمن عليها بمبلغ كبير، أو يعدد التأمين عليها لدى مؤمنين مختلفين مؤملا أن يتحقق الخطر بوفاة المؤمن

(١) راجع: عقد التأمين للدكتور عبد الله مبروك ص ٦٧، ونظرية التأمين التعاونى للدكتور رجب عبد التواب ص ١١٨ .

(٢) راجع المرجعين السابقين .

عليه خاصة إذا كان متقدما فى العمر أو كانت احتمالات وفاته أكبر من احتمال حياته فيكسب المؤمن له هكذا مبلغ التأمين دون أن تسبب الوفاة له أى ضرر، ومما قد يشجعه على ذلك أن المبدأ التعويضى لا يعمل به فى مجال التأمين على الأشخاص، فالمؤمن له هنا كالمقامر أو المراهن يعمل على وقوع الخطر، أو يتمنى وقوعه؛ لأن هذا يجلب له ربحا دون خسارة، فى حين أن عدم وقوعه يسبب له خسارة دون ربح، ولا يؤثر فى هذه المضاربة رضاء المؤمن عليه بها؛ لأنه قد يوافق على الاشتراك فيها مع المؤمن له فى مقابل مبلغ يدفعه له هذا الأخير. وإذن فشرط المصلحة يحقق حماية وقائية لحياة الغير طالما أن المؤمن له لن يستفيد من عقد التأمين، حتى ولو لم يثبت تعمده قتل المؤمن عليه، متى كان هذا العقد باطلا بطلانا مطلقا منذ البداية لعدم توافر محله وهو مصلحته فى استمرار حياة الغير المؤمن عليه.

وخلاصة القول: إنه يتعين أن تكون المصلحة شرطا أو ركنا فى عقد التأمين أيا كان نوعه، وأن المصلحة هى التى تكفل التمييز بين التأمين والمقامرة أو الرهان، ويجب أن تكون المصلحة جدية، وإلا انقلب العقد إلى مضاربة غير مشروعة.

المبحث الرابع
خصائص عقد التأمين

يتميز عقد التأمين بخصائص وعناصر أساسية لا تختلف فى أى نوع من أنواعه المختلفة، سواء كان تأمينًا تجاريًا أو تبادليًا، ويمكن إجمال هذه الخصائص فى أن عقد التأمين: عقد احتمالى، وعقد إذعان، وعقد رضائى، وعقد معاوضة، وعقد تبادلى ملزم للجانبين، وعقد مستمر، وعقد مدنى أو تجارى، وعقد من عقود حسن النية، وعقد يترتب عليه عقوبات مدنية.

ونفصل القول فى هذه الخصائص على النحو الآتى:

أولا - عقد التأمين عقد احتمالى:

قد عرفنا - عند دراسة أركان التأمين - أنه عقد احتمالى بمعنى أنه لا يستطيع المتعاقدان أو أحدهما - وقت العقد - معرفة مدى ما يعطى أو يأخذ من العقد، فلا يمكن تحديد تضحية كل منهما إلا فى المستقبل؛ لأن الأمر المعقود عليه التأمين غير

معروف أو محدد، ولا يعرف إلا وقت حدوثه[(١)] ، ومن ثم تعرف المادة (١١٠٤) من القانون المدنى الفرنسى التأمين بأنه: «عقد يكون المقابل فيه احتمال مكسب أو خسارة لكل من المتعاقدين احتمالًا، يتوقف تحققه على حادثة غير مؤكدة الوقوع»[(٢)].

ونص على احتمالية هذا العقد كل من القانون المدنى المصرى وقانون الموجبات اللبنانى[(٣)] .

ويترتب على كون عقد التأمين احتماليًا بعض النتائج:

١ - الاحتمال من طبيعة عقد التأمين:

أى أنه من طبيعة التأمين ومستلزماته أن يكون احتماليًا، فلا يعرف المؤمِّن وقت إبرام العقد مقدار ما يأخذ من الأقساط ومقدار ما يعطى من مبلغ التأمين، وكذلك المؤمَّن له؛ لتوقف ذلك على وقوع الكارثة أو عدمه، وهذا الأمر احتمالى؛ لأنه فى أكثر أنواع الضمان يحوم الشك حول إمكانية تحقق الحادث، وهناك أنواع من الضمان غير محتملة الوقوع فى كثير من الأحيان كالضمان ضد الحريق الذى لا يقع إلا نادرًا، وكذلك السرقة، وفى الضمان على الحياة يحوم الشك حول يوم الوفاة فقد يكون قريبًا وقد يكون بعيدا، ولكن الاحتمال واقع لأن الفريقين لا يعلمان وقت العقد من يستفيد منه بالفعل[(٤)] .

ومن ثم، ففكرة الاحتمال أمر لا جدال فيه فى عقد التأمين، وما لم تتحقق الكارثة فلا يلتزم المؤمِّن بشىء مع استمرار المؤمَّن له فى دفع الأقساط على حين يلتزم قبل المؤمَّن له - إذا وقعت الحادثة - بدفع مبلغ التأمين.

٢ - تأثير الاحتمال على سبب العقد:

العقود الاحتمالية - عمومًا - تتميز بأن احتمال الخسارة أو المكسب عنصر

---

(١) راجع: التأمين للدكتور شوكت عليان ص ٢٩، وعقد التأمين للدكتور عبد الله مبروك ص ٢٥، ونظرية التأمين التعاونى للدكتور رجب عبد التواب ص ١٣٤ .

(٢) شرح القانون المدنى - النظرية العامة للالتزامات (نظرية العقد) (ط/ دار الكتب ١٩٣٤ م) ١/ ١٤٠ .

(٣) راجع الوسيط للسنورى ٧/ ١١٤٠، ونظرية التأمين التعاونى للدكتور رجب عبد التواب ص ١٣٤ .

(٤) راجع: نظرية التأمين التعاونى للدكتور رجب عبد التواب ص ١٣٥ .

جوهرى فيها، وبذلك يدخل الاحتمال فى ركن السبب فى الالتزامات الناشئة عن العقد، فإذا انعدم الاحتمال لا يكون للالتزام سبب صحيح؛ فلا ينعقد العقد[(١)] .

٣ - الغبن لا يؤثر فى العقد:

بما أن عقد التأمين احتمالى، فهو معرض لغبن احتمالى يتحمله أحد المتعاقدين حيث إن محل العقود الاحتمالية المكسب والخسارة؛ وبذلك يخضع الطرفان لما تأتى به المصادفة؛ فالأمور المستقبلية - التى جعلت من عقد التأمين عقدًا احتماليًا - لا يمكن التنبؤ بها أو معرفتها على وجه الدقة، والقول بغير ذلك خروج عن حدود المنطق والعقل، ومن ثم تستبعد العقود الاحتمالية من الخضوع لدعوى الإبطال بسبب الغبن، ويقبل الطرفان - على هذا - ما تأتى به الظروف من غرم أو غنم حيث يرى بعض أهل القانون أن الغبن فى العقود الاحتمالية ليس هو عدم التعادل بين الأداءين من كلا الطرفين، وإنما هو من عدم التعادل بين احتمال المكسب والخسارة وقت انعقاد العقد؛ وهو ما ينطبق على عقد التأمين الذى لا يملك المؤمَّن له إلا قبوله تحت ضغط الحاجة والخوف[(٢)] .

٤ - الغبن هو زكاة الحرية:

يرى بعض علماء القانون أن القانون لا يقيم وزنًا للغبن فى عقود التأمين الاحتمالية؛ ولذلك لا يترتب عليه جزاء؛ لأن الغبن - فى مثل هذه العقود - زكاة للحرية، ومن أراد أن يكون حرًا وجب عليه أن يحترم التزاماته التى رضى بها باختياره، ولو وقع عليه غبن؛ لأن الصفة الاحتمالية لا تعرض مثل هذه العقود للبطلان[(٣)] .

٥ - الاحتمال فى عقد التأمين لا يجعله عقد تبرع:

تختلف العقود الاحتمالية - ومنها عقد التأمين - عن عقود التبرع من حيث:

---

(١) راجع: فى النظرية العامة للالتزام، للدكتور إسماعيل غانم ص ٧١ فقرة ٣٩، ونظرية التأمين التعاونى للدكتور رجب عبد التواب ص ١٣٦ .

(٢) راجع: نظرية العقد للسنهورى ١/١٤١، ونظرية الاستغلال فى القانون المدنى المصرى للدكتور توفيق حسن فرج (ط ١٩٦٦م) ص ٢٦٥ - ٢٦٩، ونظرية التأمين التعاونى للدكتور رجب عبد التواب ص ١٣٦ .

(٣) راجع: نظرية التأمين التعاونى ص ١٣٦، ١٣٧ .

طبيعة العقد؛ ففى عقد التبرع لا يوجد مقابل لما يعطيه المتبرع، فمقصود عقد التبرع هو إفادة أحد المتعاقدين على حساب الآخر دون مقابل، أما العقود الاحتمالية - وبخاصة عقد التأمين - فهى عقود معاوضة يهدف كل من المتعاقدين إلى تحقيق كسب من وراء تعاقده، ولكن يتم التبادل - لاحتمالية العقود - بين احتمالات الربح والخسارة، والأداء المقابل للثمن (القسط) احتمالى أيضًا[١] .

٦ - المنازعة فى الصبغة الاحتمالية لعقد التأمين:

اختلف البعض فى احتمالية عقد التأمين بدعوى أن المؤمِّن يقوم بعملية إحصائية دقيقة لعمليات التأمين، ومن ثم لا يتعرض لأية مجازفة أو احتمال؛ ولهذا فالأقساط التى يدفعها المؤمَّن له تكفى وزيادة لدفع مبالغ التأمين عند وقوع الكوارث[٢]

وهذا الاعتراض - وإن كان فيه جانب من الصحة من الناحية الفنية - غير صحيح من الناحية القانونية[٣] ؛ لأن المؤمِّن - كما يقرر بعضهم - قد يتعرض لدفع مبالغ تزيد عن الأقساط التى يقبضها، إما بسبب عدم دقة الإحصائيات والحسابات التى أقام عليها تنظيم عملياته، وإما لوقوع الكوارث بنسبة أكبر من المعتاد.

والمتفق عليه بين أغلب الشراح أن هذه الآراء تخلط بين التأمين كنظام فنى واقتصادى وبين عقد التأمين كرابطة قانونية بين المؤمِّن والمؤمَّن له، وأنها تصدر عن فكرٍ نظرى بحت لا يعبر عن الواقع، وأن المؤكد أن عقد التأمين عقد احتمالى بالنسبة لطرفيه[٤] .

والحقيقة أنه لا يمكن الفصل بين الناحية الفنية فى التأمين والرابطة التعاقدية التى تنظمه وترتب آثاره، وأن هذه الاعتراضات لا تتفق مع الجانب الفنى فى التأمين؛ لأن الخطر - وهو ركن أساسى فى عقد التأمين - يعتبر الاحتمال ركنًا من أركانه؛ ومن ثم فبدون الاحتمال يبطل عقد التأمين، وعقد التأمين - بهذا - من الناحية القانونية والفنية عقد احتمالى، لا يعرف أى من طرفيه عند إبرامه مقدار ما يعطى وما يأخذ؛ ولذلك لا يعتبر بالغبن فيه؛ لأنه غبن احتمالى يعتبر هو زكاة الحرية.

---

(١) راجع: السابق ص ١٣٧ .

(٢) راجع: التأمين للبدراوى ص ٢٥١ .

(٣) راجع السابق ص ٢٥١، والوسيط للسنهورى ٧/ ١١٤٠ .

(٤) راجع: نظرية التأمين التعاونى للدكتور رجب عبد التواب ص ١٣٨ .

ثانيًا – عقد التأمين عقد إذعان:

عقد الإذعان هو العقد الذى يكون فيه أحد المتعاقدين مضطرًا إلى أن يقبل الشروط التى وضعها الطرف الآخر دون مناقشة أو تعديل[1] .

وبعبارة أخرى: عقد الإذعان هو الذى لا يملك فيه أحد المتعاقدين فى شروط العقد إلا أن يقبلها كما هى أو يرفضها دون مناقشة أو تعديل، وهذا ما عبرت عنه المادة (١٠٠) من التقنين المدنى المصرى الحالى بقولها: «القبول فى عقد الإذعان يقتصر على مجرد التسليم بشروط مقررة يضعها الموجب ولا يقبل مناقشة فيها»[2] .

ومعنى هذا أن عقود الإذعان لا يملك الطرف المذعن (المؤمَّن له فى عقد التأمين) إلا القبول والتسليم بالشروط الموضوعة أو الرفض دون مناقشة، فتكون إرادة أحد الطرفين (المؤمِّن) هى المهيمنة فى العقد، ويظهر الطرف الآخر وكأنه مكرَه على القبول؛ لما تمليه عليه ظروفه الاقتصادية.

وقد انقسم علماء القانون حول طبيعة عقد الإذعان؛ فبعضهم ينكر على عقود الإذعان صبغتها التعاقدية، ويسمونها عقد انضمام؛ لأن الذى يقبل العقد دون مناقشة ينضم إليه[3] .

ويرى فريق آخر: أن عقد الإذعان عقد حقيقى؛ لأن إرادة الطرف الأقوى اقتصاديًّا لا تكفى وحدها لإنتاج أثر قانونى فهى لا تفرض نفسها فى إتمام إبرام العقد[4] .

وتبدو حاجة الطرف الضعيف فى عقود الإذعان إلى الحماية واضحة، وهذا ما اتجه إليه القضاء والمشرع فى تقنيناته، فقد وردت المادة (١٤٩) على أنه: «إذا تم العقد بطريق الإذعان وكان قد تضمن شروطا تعسفية، جاز للقاضى أن يعدل هذه الشروط أو أن يعفى الطرق المذعن منها، وذلك وفقا لما تقضى به العدالة، ويقع باطلا كل اتفاق على خلاف ذلك.

---

(١) التأمين فى الشريعة والقانون للدكتور شوكت عليان ص ٢٩ .
(٢) ينظر عقد التأمين ص (٢٥).
(٣) راجع نظرية العقد للسنهورى ص ٢٨٣ .
(٤) راجع: المرجع السابق ص ٢٨٤، ونظرية التأمين التعاونى للدكتور رجب عبد التواب ص ١٣٩ .

وأبرزت المادة (١٥١/ ٢) من القانون المدنى:

«أن الشك يفسر لمصلحة المدين، وأضافت فى فقرتها الثانية قولها: «ومع ذلك لا يجوز أن يكون تفسير العبارات الغامضة فى عقود الإذعان ضارا بمصلحة الطرف المذعن» ومؤدى هذا أن الشك يفسر لمصلحة المذعن وهو هنا المؤمن له دائنا كان أو مدينا هذا ومن خصائص عقد التأمين أنه من عقود حسن النية، كما أنه قد يكون مدنيا وقد يكون تجاريا»[١].

وهذه الحماية التى ينص عليه المشرع ويرعاها القضاء ضرورية؛ حيث تتمتع المشروعات الاقتصادية الكبيرة باحتكار قانونى أو فعلى وسيطرة الرأسمالية مع التطلع إلى تحقيق أقصى ربح ولو على حساب المنتفع أو المستهلك؛ حيث يحل فى هذه المشروعات الحرب من أجل استقطاب الزبائن[٢] .

فوفرت هذه الحماية التشريعية والقضائية للطرف الضعيف إمكانية تعديل الشروط التعسفية التى يتضمنها العقد أو إلغائها وعدم تفسير العبارات الغامضة فى العقد تفسيرًا ضارًّا بمصلحة الطرف المذعن، كما نظمت العقود التى تتفاوت فيها المراكز الاقتصادية بين الطرفين تنظيمًا تشريعيًّا.

ولكن يبقى أن نؤكد أنه على الطرف المذعن قبول كل شروط العقد - مهما كانت جائرة - ما لم تكن مخالفة للنظام العام والآداب؛ لأن العقد شريعة المتعاقدين.

ويعتبر عقد التأمين من أهم عقود الإذعان؛ حيث يذعن المؤمَّن له لما يضعه المؤمِّن من شروط؛ نظرًا لحاجته الملحة إلى التعاقد، ويبقى عنصر الرضائية - مع ذلك - صحيحًا من الناحية القانونية؛ استنادًا إلى حرية طرفى العقد فى إبرام التعاقد؛ حيث إن من حق المؤمَّن له أن يرفض شروط العقد أو يقبلها.

وقد نتج عن اعتبار التأمين عقد إذعان عدة نتائج منها:

* أن المؤمَّن له (الطرف المذعن الضعيف) فى حاجة ماسة إلى حماية قانونية من تعسف المؤمن له.

* قيام الدول بعملية تنظيمية لعقود التأمين عن طريق تشريع القوانين.

---

(١) ينظر عقد التأمين ص (٢٦).

(٢) انظر: نظرية التأمين التعاونى للدكتور رجب عبد التواب ص ١٤٠ .

* ظهور ما يعرف بالتأمين التبادلى؛ للقضاء على تعسف المؤمنين قاصدين تحقيق ربح فاحش دون النظر إلى مصلحة الآخرين.

فرض الرقابة على هيئات التأمين، وتدخل المشرع لتعديل الشروط التعسفية أو إلغائها.

خضوع عقد التأمين فى تفسيره للقواعد العامة بأن تكون: عبارة العقد واضحة، وما لم تكن واضحة يقوم القاضى بالبحث عن النية المشتركة للطرفين، فإذا قام الشك فى إرادة الطرفين يفسر الشك لصالح المذعن.

ثالثًا - عقد التأمين عقد رضائى:

والمقصود بالرضائية فى العقود: أن العقد لكى ينعقد يشترط لذلك رضاء المتعاقدين، بإيجاب من المؤمَّن له، وبقبول من المؤمِّن.

ولكن لا يكفى مجرد الرضا لقيام العقد، ولكن يجب أن يكون الرضا صحيحًا، ومعنى أن يكون الرضا صحيحًا: أن يكون صادرًا عن صاحب أهلية غير مشوب بعيب يفسده كالغلط والتدليس والإكراه[1].

وتجدر الإشارة إلى أن القانون فى بعض الحالات يجبر المؤمَّن له على إبرام عقد التأمين، كما فى حالة التأمين الإجبارى من حوادث السيارات، فى هذه الحالة يجبر مالك السيارة على التأمين، ولا يكون له حرية إلا فى اختيار الشركة التى يتعاقد معها؛ ولهذا لم يكن القول بأن عقد التأمين عقد رضائى محل اتفاق بين علماء القانون؛ حيث اعتبره البعض عقدًا شكليًا، واعتبره البعض الآخر عقدًا عينيًا.

ومع هذا فالواقع العملى يبرز أن العمل مستقرٌ، لدى هيئات التأمين على إثبات عقد التأمين فى ورقة مكتوبة هى وثيقة التأمين وهذه الوثيقة هى سند التأمين، وهى عقد التأمين ذاته[2].

ويقدم لنا الواقع العملى نماذج من التعاقد يتفق فيها على تعليق انعقاد العقد على توقيع وثيقة التأمين المكتوبة، وفى هذه الحالة يتحول العقد إلى عقد شكلى لا يكفى

---

(١) انظر: مبادئ العلوم القانونية للدكتور محمد على عرفة (مكتبة النهضة المصرية) ط الثانية ١٩٥٢م) ص ٣٦٢.

(٢) انظر: أحكام الضمان (التأمين) فى القانون اللبنانى للدكتور توفيق حسن فرج ص ٤٣٨.

مجرد التراضي لنشأته[١] .

وأبرز ما تتضمنه وثيقة التأمين البيانات الخاصة بالمتعاقدين، والخطر المؤمَّن منه، وقسط التأمين وبيان مقداره وموعد استحقاقه وطريقته ومحل الوفاء به، ومبلغ التأمين وبيان قيمته تحديدًا فى تأمينات الأشخاص ويحدد كحد أقصى فى تأمينات الأضرار وتاريخ بدء التأمين ونهايته وتاريخ التوقيع على الوثيقة، ومعنى هذا أن الكتابة لازمة لإثبات عقد التأمين[٢] .

تنص المادة (٩٦٣/ ١) من قانون الموجبات اللبنانى على أنه: «يُنْظَم عقد الضمان[٣] خطًا فى سند مسجل لدى كاتب عدل أو سندى عادى»[٤] .

وهذا يتفق مع نص القانون الفرنسى فى وجوب كتابة عقد التأمين مع إضافة عبارة: بأحرف واضحة[٥]

وقد اشترط علماء القانون لصحة الرضا شرطين:

الشرط الأول: الأهلية:

ومعنى الأهلية فى عقود التأمين: أن يكون طرفا العقد قادرين على الأداء، فالنسبة للمؤمِّن لا تكون هناك صعوبة؛ لأنه غالبًا ما يكون هيئة أو شركة تجارية أو جمعية تأمين تبادلى أو جمعية تعاونية مهنية، أما بالنسبة للمؤمَّن له فهو مكمن الصعوبة؛ ولذلك يشترط فيه: بلوغ سن الرشد، وأن يسلم من العوارض التى تفقده الأهلية: كالجنون، والعته، والسفه، والغفلة[٦] .

الشرط الثانى: سلامة عقد التأمين من عيوب الرضا:

ويعنى هذا الشرط أن يكون عقد التأمين سليمًا خاليًا من عيوب التدليس والإكراه والاستغلال والغلط.

وقد نصت بعض القوانين الوضعية على بطلان العقود التى يعتريها عيب من

---

(١) انظر: السابق ص ٣٩٥، ونظرية التأمين التعاونى للدكتور رجب عبد التواب ص ١٤٣ .
(٢) انظر: نظرية التأمين التعاونى للدكتور رجب عبد التواب ص ١٤٣ .
(٣) انظر: عقد الضمان هو عقد التأمين .
(٤) انظر: أحكام الضمان فى القانون اللبنانى للدكتور توفيق حسن فرج ص (٤٣٩) .
(٥) انظر: نظرية التأمين التعاونى للدكتور رجب عبد التواب ص ١٤٣ .
(٦) راجع: السابق ص ١٤٣، ١٤٤ .

العيوب السابقة؛ فالقانون السويسرى فى المادة (٢١) من قانون الالتزامات يجيز للمتعاقد المغبون أن يعلن بطلان العقد واسترداد ما دفع إذا كان قد دُفِعَ إلى هذا الغبن من طريق استغلال حاجة وقع فيها أو عدم تجربة(١) ، ويقصد بالحاجة كل ضائقة أيًّا كانت، سواء كانت هذه الضائقة تهدد الشخص فى وجوده الاقتصادى أو حياته أو فى صحته أو حتى فى شرفه، ويفسرها القضاء الألمانى بالحاجة الاقتصادية(٢) .

رابعًا - عقد التأمين عقد معاوضة:

المقصود بكون عقد التأمين عقد معاوضة: أنه يتحمل كل طرف غرمًا ماليًا هو الأداء الذى يقوم به مقابل غنم هو الأداء الذى سيأخذه، فكل من طرفى العقد يأخذ مقابلًا لما أعطى، فالمؤمَّن له يدفع الأقساط ليأخذ مبلغ التأمين إذا وقعت الحادثة والمؤمِّن يأخذ الأقساط لقاء تحمله أضرار الحادثة الواقعة؛ وبذلك يكون ثمة تعادل بين الغنم والغرم أى بين مقابل الأداء والأداء(٣) .

وفى عقد المعاوضة يتأثر كل من طرفى العقد بمصلحته الشخصية؛ حيث تحكمه الرغبة فى الحصول على فائدة معينة فى مقابل ما يقدمه للمتعاقد الآخر(٤) .

ويختلف عقد المعاوضة عن عقد التبرع، فيقصد بعقد التبرع - كما سبق بيانه من قبل - أن يحصل أحد الطرفين على قيمة مالية دون مقابل يعادلها مع انصراف النية إلى ذلك، فتكون النتيجة افتقار طرف وإثراء طرف، ويعرفه القانون الفرنسى المدنى فى المادة (١١٠٥) بأنه «عقد يُوْلِى به أحد الطرفين الآخر فائدة دون أى مقابل»(٥) .

فالتبرع - إذن - يحتوى على عنصرين: عنصر مادى وهو الإثراء، وعنصر نفسى وهو النية: نية التبرع، والعنصران متلازمان دائمًا؛ فإذا تخلف أحدهما تخلف الآخر(٦) .

---

(١) نظرية العقد للسنهورى ص ٤٥١ .

(٢) انظر: نظرية الاستغلال فى القانون المدنى المصرى للدكتور توفيق حسن فرج. (رسالة دكتوراه - كلية الحقوق، جامعة الإسكندرية ١٩٥٧م، ط ١٩٦٦م منشأة المعارف) ص ٣٠٢ .

(٣) راجع: نظرية التأمين التعاونى (مرجع سابق) ص ١٤٦، وعقد التأمين للدكتور عبد الله مبروك ص ٢٤، والتأمين للدكتور شوكت عليان ص ٢٩ .

(٤) انظر: مبادئ العلوم القانونية للدكتور محمد على عرفة ص ٣٦٧ .

(٥) نظرية العقد للسنهورى ص ١٣٥ .

(٦) انظر: نظرية الاستغلال للدكتور توفيق حسن فرج ص ٢٤٢ .

وتجدر الإشارة إلى أن عقد التأمين يوصف بأنه عقد معاوضة ليس فقط لأنه يتضمن المقابل فى علاقة المؤمِّن والمؤمَّن له، ولكن تستفاد الصفة أيضًا من كونه عقدًا احتماليًّا، فالعقود الاحتمالية كلها من عقود المعاوضة(١) .

ولما كان عقد التأمين عقدًا احتماليًّا، فإن الخطر المؤمَّن منه قد يتحقق وقد لا يتحقق؛ فإذا لم يتحقق الخطر فإن المستأمن لن يأخذ مقابلًا للأقساط التى سددها إلى المؤمِّن، وفى هذه الحالة لا يتحمل المؤمِّن تجاه المؤمَّن له بشىء، وتبقى صفة العقد كما هى، أى يبقى عقد تأمين، ولا يتحول إلى عقد تبرع؛ لأن كلًّا من العاقدين لم يقصد ما حدث، فسواء تحقق وقوع الخطر أم لم يتحقق فيعتبر عقد التأمين دائمًا عقد معاوضة(٢) ؛ حيث يرى بعض علماء القانون أن الأقساط التى يدفعها المؤمَّن له هى ثمن الضمان، أى: مقابل الأمان والطمأنينة التى يحصل عليها، ولأن نية التبرع منعدمة تمامًا(٣) .

وكل هذا - فى الحقيقة - لا يتفق مع الوصف القانونى لعقد التأمين؛ إذ هو قائم فى المقام الأول على المعاوضة التى تقتضى أن يحصل كل طرف على مقابل من الطرف الآخر، وهذا المقابل بالطبع مقابل مالى (مادى)، فإذا لم يوجدْ هذا المقابل تجردت فكرة الضمان من العوض المادى، ولا تصلح بذلك التزامًا قانونيًّا، وتصير التزامًا صوريًّا لا يخول للدائن حق المطالبة بشىء مما دفعه أو غرمه.

ومع هذا يقرر بعض الشراح أن هذه المعضلة يستحيل تبريرها، وإنما يتعين التسليم بوجودها باعتبارها تمثل الطبيعة الاحتمالية لعقد التأمين(٤) .

خامسًا عقد التأمين عقد تبادلى ملزم للجانبين:

العقد الملزم للجانبين أو العقد التبادلى عرفته المادة (١١٠٢) من القانون المدنى الفرنسى فقالت: «يكون العقد تبادليًّا أو ملزمًا للجانبين إذا التزم المتعاقدان بالتقابل فيما بينهما نحو الآخر»(٥) ، ومعنى هذا أن العقد الملزم ينشئ التزامًا من الطرف

---

(١) نظرية التأمين التعاونى للدكتور رجب عبد التواب ص ١٤٧ .
(٢) راجع: الوسيط للسنهورى ٧/١١٣٩، ونظرية التأمين التعاونى ص ١٤٧ .
(٣) انظر: التأمين للدكتور عبد المنعم البدراوى ص ٢٤٧ .
(٤) انظر: نظرية التأمين التعاونى ص ١٤٨ .
(٥) نظرية العقد للسنهورى ص ١٢٩ فقرة ١٣٤ .

الأول ينفذه ويكون سببًا فى التزام الطرف الآخر لتنفيذ ما يتعهد به تجاه الطرف الأول.

وعقد التأمين من العقود التبادلية؛ فهو ينشئ التزامات متقابلة، فالمؤمَّن له يلتزم بدفع القسط والمؤمِّن يلتزم بدفع مبلغ التأمين عند تحقق الخطر، ويعتبر التزام كل طرف سببا فى التزام الطرف الآخر، هذا بالإضافة إلى التزامات أخرى.

فيلتزم المؤمَّن له ببيان أوجه الخطر والإعلان عن تفاقمه، ويتضح هذا فى المادة (٧٤٧) من القانون المدنى المصرى التى عرفت التأمين بقولها: «يلتزم المؤمن بأن يؤدّى إلى المؤمن له أو إلى المستفيد مبلغا من المال أو إيرادا مرتبا أو أى عرض مالى آخر فى حالة وقوع الحادث أو تحقق الخطر وذلك فى نظير قسط أو أية دفعة مالية أخرى يؤديها المؤمن له إلى المؤمن.

وقد نصت المادة (٩٨٦) من القانون المدنى العراقى على أن المؤمَّن له يلتزم بما يأتى:

أ - أن يدفع الأقساط أو الدفعة المالية الأخرى فى الأجل المتفق عليه.

ب - أن يقرر وقت إبرام العقد كل الظروف المعلومة له والتى يهم المؤمِّنَ معرفتها ليتمكن من تقرير المخاطر التى يأخذها على عاتقه، ويعتبر مهما فى هذا الشأن الوقائع التى جعلها المؤمِّن محل أسئلة مكتوبة.

جـ - أن يخطر المؤمِّن بما يطرأ أثناء العقد من أحوال من شأنها أن تؤدى إلى زيادة هذه المخاطر.

وكذلك نصت المادة (٩٨٨) على أنه (متى تحقق الخطر أو حل أجل العقد أصبح التعويض أو المبلغ المستحق بمقتضى عقد التأمين واجب الأداء).

لكن يقرر بعض الشراح أن التزام المستأمن أو المضمون بدفع قسط أو اشتراك التأمين محقق نافذ على آجال بعد انعقاد العقد، على حين أن التزام المؤمِّن غير محقق؛ لأنه التزام احتمالى معلق على وقوع الخطر[(١)] .

ولذلك يرى البعض أنه - فى هذه الحالة - يفقد عقد التأمين طابعه التبادلى، وأنه من حق المؤمَّن له أن يسترد ما دفعه من أقساط؛ لأنها صارت - بعد عدم تحقق

(١) انظر الوسيط للسنهورى ١١٣٩/٧، ونظرية التأمين التعاونى لرجب عبد التواب ص ١٤٩ .

الخطر - بغير سبب[١] .

ويرى البعض الآخر أن عقد التأمين احتمالى - كما سبق بيانه - وأن عقود الاحتمال تفترض بطبيعتها الكسب والخسارة، ومع ذلك فالصفة الاحتمالية لا تمنع كون العقد تبادليًا ما دام هناك التزام من كلا الجانبين، وما دام هناك ارتباط بين الالتزامين المتقابلين، غاية الأمر أن تنفيذ التزام المؤمِّن مرهون بتحقق الخطر فهو التزام معلق[٢] .

سادسًا - عقد التأمين من العقود المستمرة:

والعقد المستمر هو العقد الذى يستغرق مدة من الزمن فى تنفيذه[٣] ؛ فيُعتبر الزمن عنصرًا جوهريًا وأصيلًا فى هذا النوع من العقود، فالزمن فيها مقصود؛ ولذلك يعتبر عقد التأمين من العقود المستمرة؛ لأن الزمن عنصر جوهرى فيه ذلك أن المؤمن يلتزم قبل المؤمن له ابتداء من تاريخ معين إلى نهاية وقت أخر معين هو وقت وقوع الحادث أو الخطر المؤمن منه ويظل المؤمن ملتزما بضمان الخطر على نحو مستمر طوال مدة التأمين ومن ناحية أخرى فإن التأمين بالنسبة إلى المؤمن له يعتبر أيضا عقدًا مستمرا فهو يظل ملتزما منذ انعقاد العقد بدفع أقساط التأمين سنويًا، بل أنه يظل مستمرا بالنسبة له حتى ولو كان التأمين قد تم فى مقابل قسط واحد يدفع مرة واحدة؛ لأن أداءه إنما يكون بالنظر إلى مدة معينة، ويلتزم المؤمن بضمان الخطر طول مدة التأمين بشكل مضطرد مستمر.

ويترتب على أن عقد التأمين من العقود المستمرة بعض الأمور، هى:

١ - إذا لم يقم المؤمَّن له بتنفيذ التزامه بدفع الأقساط ينحل العقد بالنسبة للمستقبل، ولا ينفسخ بأثر رجعى؛ فلا يحل للمستأمن استرداد ما دفعه من الأقساط، ويصبح مقابل الأقساط هو تحمل المؤمِّن عبء الأخطار فى المدة التى سبقت الفسخ[٤] .

---

(١) انظر: أحكام الضمان للدكتور توفيق حسن فرج ص ٣١٩ .

(٢) انظر: التأمين للدكتور عبد المنعم البدراوى ص ٢٤٨، ونظرية التأمين التعاونى للدكتور رجب عبد التواب ص ١٤٩ .

(٣) انظر: نظرية العقد للسنهورى ص ١٤٢ - ١٤٧ .

(٤) راجع: التأمين للدكتور عبد المنعم البدراوى ص ٢٤٩، وأحكام الضمان للدكتور توفيق حسن فرج ص ٣٢١، ونظرية التأمين التعاونى للدكتور رجب عبد التواب ص ١٥٠ .

٢ - تؤدى استحالة التنفيذ التى تطرأ بعد قيام العقد إلى تحلل الطرفين من التزاماتهما بالنسبة للمستقبل، فإذا هلك الشيء المؤمَّن عليه بحادثة غير الحادثة المؤمَّن عليه منها لا يكون للمؤمَّن له استرداد شيء من الأقساط حتى هذا التاريخ، ولا يسترد من القسط ما يقابل الباقى من السنة التى انقضى العقد خلالها؛ إعمالًا لفكرة عدم قابلية القسط للتجزئة، هذا ما نصت عليه المادة (٩٧١) من قانون الموجبات اللبنانى بأنه «عندما يهلك جميع الشيء المضمون ينتهى عقد الضمان حتمًا ولا يحق للمضمون أن، يطالب باسترجاع شيء من قسط السنة التجارية»[١] .

٣ - إذا تخلف أحد الطرفين عن تنفيذ التزاماته أثناء تنفيذ العقد، فإن العقد لا يلغى بأثر رجعى - كما قررنا آنفا - ولكنه ينحل بالنسبة للمستقبل، فإذا تخلف المؤمَّن له عن دفع الأقساط انحل العقد بالنسبة للمستقبل، ولم يكن له استرداد ما قام بدفعه من أقساط فيما مضى[٢] .

ونلاحظ أنه فى الحالات السابقة المضار هو المؤمَّن له، أما المؤمَّن فلا يضار فى شيء، وذلك راجع إلى الغبن الذى تفرضه طبيعة التأمين التى تقتضى ضرورة تكوين احتياطى لمواجهة الكوارث المتوقعة ولم تقع بعد[٣] .

سابعًا - عقد التأمين عقد مدنى أو تجارى:

معنى كون العقد تجاريًّا أنه يتم إبرامه بغرض التجارة والربح المادى، وأما المدنى فبخلاف ذلك.

ويتوقف وصف عقد التأمين بأنه مدنى أو تجارى بالنظر إلى طرفى العقد، فبالنسبة للمؤمَّن يعتبر عقد التأمين فى حقه عقدًا تجاريًّا إذا قامت به شركات أو هيئات تتقاضى أقساطًا محددة، وهذه الهيئات تسعى إلى تحقيق الربح، أما إذا كانت الهيئة التى عقدت التأمين إحدى هيئات التأمين التبادلى فلا يعتبر عقد التأمين - هنا - تجاريًّا؛ لأن الضمان مبنى على تضامن أعضائه، ولا يقوم على المضاربة أو تحقيق الربح، ومع ذلك إذا أنشئت جمعيات التأمين التبادلى بين تجار للقيام بأعمال تتعلق بتجارتهم

---

(١) راجع: التأمين للدكتور البدراوى ص ٢٤٩، وأحكام الضمان للدكتور توفيق حسن فرج ص ٣٢٢، ونظرية التأمين التعاونى ص ١٥١ .

(٢) راجع: نظرية التأمين التعاونى ص ١٥١ .

(٣) راجع: السابق ص ١٥١ .

فيعتبر العقد فى هذه الحالة تجاريًا.

أما بالنسبة للمؤمَّن له، فيكون عقد التأمين تجاريًا إذا قام به تاجر، وكان متعلقًا بأعمال تجارية، سواء كان التأمين لدى شركة مساهمة أو جمعية تأمين تبادلى، وذلك مثل قيام التاجر بالتأمين على بضائعه وعلى مسئوليته عن حوادث السيارات والآلات التى يستخدمها فى تجارته والعاملين لديه ضد مسئوليته قبلهم، أما إذا كان المؤمَّن له غير تاجر أو كان تاجرًا وأبرم عقد التأمين لتغطية مخاطر لا تتعلق بتجارته - كأن يؤمن على حياته لصالح زوجته - فيعتبر عقد التأمين فى هذه الحالة مدنيًا(١).

ويترتب على تحديد ماهية العقد، وهل هو تجارى أو مدنى؟ تحديد الجهة القضائية المختصة إذا وقع النزاع؛ حيث يعتبر اختصاص القضاء التجارى إلزاميًّا لطرفى العقد، ويجب رفع الدعوى إلى المحاكم المدنية إذا رفعت ممن يعتبر العقد بالنسبة له تجاريًا على من يعتبر العقد بالنسبة له مدنيًا، ويكون رفع الدعوى إلى المحاكم التجارية أو المدنية اختياريًا إذا رفعت الدعوى ممن يعتبر العقد بالنسبة له مدنيًّا ضد من يعتبر العقد بالنسبة له تجاريًا(٢).

ثامنًا: عقد التأمين من عقود حسن النية:

مبدأ حسن النية من المبادئ الأساسية فى جميع العقود؛ فينبغى أن تتوافر الأمانة والثقة بين المتعاقدين؛ ومن ثم يقرر فقهاء التأمين أن حسن النية من مستلزمات عقد التأمين، أو أن عقد التأمين يقتضى منتهى حسن النية(٣).

والمقصود بحسن النية فى عقد التأمين أن كلًّا من طرفى العقد يجب ألا يخفى عن الطرف الآخر أية بيانات جوهرية، فإذا أخل أحد الطرفين بهذا المبدأ، فإن العقد يصبح باطلًا أو قابلًا للبطلان حسب سبب الإخلال؛ ومن ثم فيجب على طالب التأمين أن يدلى إلى هيئة التأمين بجميع الحقائق والأمور الجوهرية المتعلقة بالخطر المطلوب التأمين منه.

---

(١) راجع: نظرية التأمين التعاونى للدكتور رجب عبد التواب ص ١٥١، ١٥٢.

(٢) راجع: التأمين للدكتور عبد المنعم البدراوى ص ٢٥٠، وأحكام الضمان للدكتور توفيق حسن فرج ص ٣٣٤، ونظرية التأمين التعاونى للدكتور رجب عبد التواب ص ١٥٢.

(٣) أحكام الضمان للدكتور توفيق حسن فرج ص ٣٢٧، مذكرات فى التأمين للدكتور حمدى عبد الرحمن (دار النهضة العربية، ط ١٩٧٠م) ص (٥٢).

والمقصود بالأمور الجوهرية - عند أهل القانون - المعلومات التى لو عرفها المؤمِّن قبل إتمام العقد لأثر ذلك على قراره فى قبول التأمين أو رفضه أو تقدير القسط المطلوب.

ويجب على هيئة التأمين - أيضًا - ألا تخفى على طالب التأمين، أية معلومات جوهرية تتعلق بالعقد وشروطه؛ ومن ثم يجب التمسك بمبدأ منتهى حسن النية طول مدة العقد، ويجب على المؤمَّن له أن يخطر المؤمِّن بكل المعلومات الطارئة أولًا بأول[1] .

*** من تطبيقات مبدأ منتهى حسن النية فى التأمين:**

١ - الإعلان عن كافة المعلومات المتعلقة بالخطر؛ حيث يلتزم المؤمَّن له بالإدلاء - من تلقاء نفسه - بالبيانات الموضوعية التى تتعلق بموضوع الخطر المؤمَّن منه، وتتناول: الصفات الجوهرية للخطر، وما يحيط به من ظروف وملابسات قد يكون لها شأن فى تكييف الخطر وتكوين فكرة صحيحة عنه. والإدلاء أيضًا بالبيانات الشخصية التى تشمل: شخص طالب التأمين، ومدى ثرائه، ومدى التزامه فى العناية بشئونه، ويتوقف على هذه البيانات تقدير قسط التأمين. ولا يكون المؤمَّن له معفيًا من الالتزام إذا جهل واقعة جوهرية أثَّرت على العقد[2] .

٢ - الجزاء عن عدم الإدلاء بالبيانات أو الإدلاء ببيانات غير صحيحة:

هذا الجزاء حدده القانون الفرنسى فى المادة (٣٤٨) من التقنين التجارى التى تنص على: أن أى كتمان أو إعلان خاطئ من جانب طالب التأمين يكون من شأنه التقليل من أهمية الخطر أو تغيير موضوعه يترتب عليه بطلان التأمين؛ حتى ولو لم يكن لهذا الكتمان أو البيان الخاطئ أى تأثير فى وقوع الضرر أو هلاك الشىء[3] ، ويطبق هذا القانون سواء كان المؤمَّن له سليم القصد حسن النية أو سيئ القصد، ويترتب على ذلك جزاءات:

أولها: بطلان العقد بطلانًا مطلقًا وزواله تمامًا.

ثانيها: سقوط حق المستأمن فى مبلغ التأمين كنتيجة حتمية لبطلان العقد.

---

(١) انظر: نظرية التأمين التعاونى للدكتور رجب عبد التواب ص ١٥٣ .
(٢) انظر السابق ص ١٥٤ .
(٣) المرجع السابق ص ١٥٥ .

ثالثها: التزام هيئة التأمين برد جميع الأقساط المدفوعة من قبل المؤمَّن له[١] .

ولكن هيئات التأمين رأت أن هذه الجزاءات تضر بمصالحها؛ فأخذت تُضَمِّن وثائق التأمين جزاء أشد ضد المستأمن سيئ النية، وهو النص على بطلان العقد مع سقوط الحق فى الأقساط المدفوعة من قبل المؤمَّن له، بينما يختلف الحال فى المؤمَّن له حسن النية، فيكون الجزاء خفيفًا؛ إذ يقوم المؤمِّن بتطويع العقد حتى يتناسب القسط المدفوع مع مبلغ التأمين، و ذلك بإنقاص هذا المبلغ بمقدار نقص القسط الذى كان يجب دفعه على أساس البيانات الصحيحة[٢] .

وقد أخذ قانون التأمين الفرنسى الصادر سنة ١٩٣٠ بهذه الأحكام، وضمنها نص المادتين (٢١، ٢٢) منه، مفرقًا بين المؤمَّن له سيئ النية، والمؤمَّن له حسن النية[٣] .

٣ - خروج البطلان على القواعد العامة؛ حيث إنه يتقرر لمصلحة طرف واحد هو المؤمِّن، أما المؤمَّن له فلا يحق له استرداد ما دفعه، بل يلزم بما حل من أقساط؛ وذلك إذا انكشف بعد وقوع الكارثة خطأ البيانات أوكتمانها. ويبرر علماء القانون هذه الحالة فى عقد التأمين بأن طبيعة العقد تقتضى ذلك، وأنه من قبيل العقوبة المدنية التى توقع ضد المؤمَّن له جزاء إخلاله بالتزاماته، ولاتسرى فى شأنها القواعد العامة المقررة فى نظرية البطلان، وأنها من النظم الخاصة بعقد التأمين جرى بها العرف التأمينى[٤] .

وقد خالف القانون الفرنسى والألمانى قليلًا فى هذا الأمر، فأخذ كل منهم بالفسخ مع الاحتفاظ بما استحق من أقساط، فنص المادة (٩٢٨ فقرة أ) من القانون الألمانى يقول: «إذا كتم المؤمَّن له بسوء نية أمرًا أو قدم بيانًا غير صحيح بصورة تقلل من أهمية الخطر المؤمن منه أو تؤدى إلى تغيير فى موضوعه، أو إذا أخل عن غش بالوفاء بما تعهد به - كان للمؤمن أن يطلب فسخ العقد مع الحكم له بالأقساط

---

(١) انظر: الوسيط للسنهورى ٧/ ١٢٧٣، ١٢٧٤ والتأمين للدكتور عبد المنعم البدراوى ص ٣١٨ .

(٢) انظر: نظرية التأمين التعاونى للدكتور رجب عبد التواب ص ١٥٥ .

(٣) انظر: مذكرات فى التأمين للدكتور حمدى عبد الرحمن ص ٨٤، والوسيط للسنهورى ٧/ ١٢٧٣ .

(٤) نظرية التأمين التعاونى ص ١٥٧ .

المستحقة قبل هذا الطلب»[١] .

٤ - إذا كان المؤمَّن له حسن النية، فيحق للمؤمِّن فسخ العقد والاحتفاظ بالأقساط إذا اكتشف الحقيقة قبل وقوع الكارثة، إما إذا وقعت الكارثة فمن حقه تخفيض مبلغ التأمين ولو لم يكن للمعلومات علاقة بوقوع الكارثة[٢] .

٥ - فى حالة زيادة الخطر وتفاقمه، ينص القانون الفرنسى على أن المؤمَّن له يكون مسئولًا إذا لم يبادر بإعلام المؤمِّن بزيادة الخطر وتفاقمه، نصت على ذلك المادة (٢١) منه، ونصت المادة (٢٢) على أنه على المؤمِّن أن يبقى على العقد لقاء زيادة فى القسط المقبول[٣] .

تاسعًا: عقد التأمين من عقود الشرط:

حيث إن تنفيذ العقد معلق بالشرط، وهذا الشرط هو تحقق الخطر المؤمَّن ضده، بمعنى أن ما جاء فى عقد التأمين من شروط والتزامات لا يمكن تنفيذها إلا إذا وقع الحادث الوارد فى العقد[٤] .

عاشرًا: العقوبات المدنية المترتبة على عقد التأمين:

يعتبر من خصائص عقد التأمين فرض عقوبات مدنية على بعض الالتزامات المتعلقة بعقد التأمين، و أن هذه الجزاءات تخرج عن القواعد العامة للعقود المقررة فى القانون المدنى واقتضتها طبيعة عقد التأمين وأقرته تشريعات. وهذه العقوبات هى:

١ - بطلان عقد التأمين أو فسخه؛ وذلك إذا تعمد المؤمَّن له الإدلاء ببيانات غير صحيحة أو كتمانها أو أخل ببعض التزاماته إذا زاد الخطر أو تفاقم أثناء سريان العقد، ويترتب على بطلان العقد أو فسخه سقوط حق المؤمَّن له فى مبلغ التأمين، وسقوط حقه فى استرداد الأقساط التى دفعها، وللمؤمِّن استرداد ما قد يكون دفعه من تعويض.

ويتعرض المؤمَّن له حسن النية بفسخ العقد إلى خسارة الأقساط التى دفعها إذا

---

(١) السابق، الصفحة نفسها .
(٢) السابق ص ١٦٢ .
(٣) السابق ص ١٥٩ .
(٤) د/ شوكت عليان ص (٣١) .

تبين عدم صحة البيانات التى أدلى بها قبل وقوع الخطر، أما إذا تحقق الخطر فإنه يتعرض لتخفيض التعويض المستحق.

٢ - وقف التأمين كجزاء لعدم الوفاء بالقسط:

تقتضى القواعد العامة أنه إذا امتنع المؤمَّن له عن دفع القسط أو تأخر فى دفعه يكون للمؤمِّن بعد إعذار المؤمَّن له أن يطلب قضاءً: إما التنفيذ العينى وإما الفسخ، ويظل ملتزمًا بالضمان حتى وقت صدور الحكم؛ لأن عقد التأمين عقد زمنى، لا يكون لفسخه أثر رجعى، وفى سبيل تفادى هذه النتيجة لجأت هيئات التأمين إلى وضع شروط فى وثيقة التأمين تقلب الوضع لصالحها، وتجعل المؤمَّن له تحت رحمة المؤمِّن؛ بالنص على أنه عند عدم الوفاء يعتبر العقد مفسوخًا من تلقاء نفسه دون حاجة إلى إعذار أو حكم قضائى كما تنص على أن يكون الوفاء بالقسط فى مقر الشركة؛ لذلك كان مجرد حلول أجل القسط وعدم وفاء المؤمَّن له يترتب عليه إنهاء العقد بقوة القانون، ويترتب على هذا الإنهاء حرمان المؤمَّن له من الضمان وضياع حقه فى التأمين[١] .

٣ - سقوط الحق فى التأمين:

هناك التزامات يترتب عليها سقوط الحق فى التأمين، سبق أن أشرنا إلى بعضها:

منها: التزام المستأمن بإبلاغ المؤمِّن عن وقوع الحادث المؤمن منه، وللمؤمِّن الحق فى إلزام المؤمَّن له بالتزامات أخرى كأن يلزمه إذا وقع الحريق بأن يقدم بيانًا بالخسائر مؤيدًا بالوثائق، وأن يبذل كل ما فى وسعه لحصر الضرر فى أضيق نطاق، وأن ينقذ ما يمكن إنقاذه . . . وهكذا.

ويشترط لصحة سقوط الحق: أن يكون هناك اتفاق خاص تتضمنه وثيقة التأمين ينص فيه على سقوط حق المؤمَّن له فى مبلغ التأمين إذا هو أخل بالتزامه عن الإعلان بوقوع الحادث، ويجب أن يكون الاتفاق على السقوط بارزًا بشكل ظاهر فى وثيقة التأمين.

---

(١) الوسيط للسنهورى ٧/ ١٣٠٥ فقرة ٦٣٩، ونظرية التأمين التعاونى للدكتور رجب عبد التواب ص ١٦٣ .

المبحث الخامس
وظائف التأمين

من خلال ما سبق تبين لنا أن التأمين عبارة عن نظام يعمل على تحويل عبء الخسارة - التى تتسبب عن الأخطار - عن كاهل الفرد إلى عاتق المجموع، فمؤسسة التأمين تقيم عمليات التأمين على أساس تجميع عدة أشخاص يتهددهم خطر معين بقصد تحمل نتائجه عند وقوعه، والوسيلة لذلك هو دفع كل فرد لقسط محدد، فإذا أصاب أى عضو خطر، ولم يصب الأعضاء الباقين فإنه يعوض العضو المصاب من مجموع الأقساط التى دفعها الآخرون الذين لم يقع عليهم الخطر؛ فكأن كل مؤمَّنٍ له يتحمل جزءًا من الخطر، وهكذا يحدث مع كل عضو إذا أصيب.

وعرفنا - أيضا - أن مبلغ التأمين تحدده جهة التأمين بعد دراسة لمعرفة عدد الحوادث المحتملة الوقوع وحجم الخطر ودرجته، وهذه الدراسة تعتمد الإحصاء وسيلةً لضبط درجة الخطر واحتمال وقوعه، ومن ثم تحديد مبلغ التأمين المستحق على الهيئة أو الشركة أو المؤسسة.

وهناك بواعث تدعو الفرد إلى اللجوء إلى التأمين، هذه البواعث اصطلح على تسميتها بـ«وظائف التأمين»؛ إذ يقوم التأمين بعدة وظائف فى العصر الحديث، وهذه الوظائف تعود على المجتمع بأسره، وأهم هذه الوظائف ما يلى:

أولا - الأمان:

يرى علماء التأمين أن الوظيفة الأساسية للتأمين هو أنه يبعث الأمان فى نفوس الأفراد، ويبث فى قلوبهم الطمأنينة، وينزل عليهم السكينة؛ لأنه يجعل العضو مطمئنًا، على أنه فى حالة وقوع الأخطار التى قد يتعرض لها فى شخصه أو أمواله وممتلكاته أو يتعرض لها من يعنيه أمرهم، فإنه سيجد من يتحمل عنه الضرر أو يساعده على تحمله.

وينحصر عمل التأمين بالنسبة لهذه الوظيفة فى ضمان حصول المستأمن على مبلغ من المال فى حالة وقوع الخطر المؤمَّن منه، وهذا هو القصد المباشر من التأمين والغاية التى يستهدفها المستأمن(١) .

---

(١) انظر: التأمين للدكتور عبد المنعم البدراوى ص١٥٢ .

ومما لا شك فيه أن الحياة مليئة بالأخطار، وخصوصًا فى حياتنا المعاصرة بسبب التطور الحضارى، والناس فى التأمين يشعرون بالأمان، فهو يقيهم من الأضرار التى قد يتعرضون لها:

أ - ففى التأمين من الأضرار: قد يؤمن الشخص على منزل لا يملك غيره ضد الحريق، فإذا ما احترق هذا المنزل فى وقت ما، فقد ذهب كل ما يملكه من حطام الدنيا، وتحطمت آماله، وعند هذه الحالة تدفع له شركة التأمين المبلغ المتفق عليه بشرط ألّا يتجاوز مقدار الضرر الذى حدث.

ب - وفى التأمين من المسئولية التى ازدادت حالاتها وكثرت فى عصرنا الحديث، على أثر تقدم الصناعة وازدهارها، وجدت إلى جانب المسئولية المبنية على أساس الخطأ الشخصى المسئولية التى مبناها تحمل المخاطر حيث يستطيع الشخص عن طريق التأمين أن يواجه الكوارث، وبالتالى يقدم على مباشرة نشاطه فى حرية واطمئنان، ويتسع نطاق معاملاته؛ مما يؤدى إلى زيادة الإنتاج الفردى والقومى.

جـ - وفى التأمين على الأشخاص: يؤمن الشخص على حياته لمصلحة أولاده مما يدعو إلى بث روح الأمن والطمأنينة فى النفوس؛ ذلك أن كثيرًا من الأفراد يعتمدون فى الكثير الغالب على ما يدره عملهم، والإنسان معرض لعجز قد يقعده عن العمل أو لمرض يهدده، كما أن الموت مكتوب عليه ويخشى أن يترك من ورائه ذرية ضعافا يخشى عليهم، وعن طريق التأمين يستطيع أن يتقى هذه المخاطر[1].

ثانيا - تنشيط الائتمان:

ييسر التأمين عملية الحصول على ما يحتاج إليه الفرد من قروض، وذلك بتقديم مال من أموالهم ضمانا لهذا الغرض، فيقرر المدين للدائن رهنًا على عقار من عقاراته أو منقول من منقولاته، فإذا بقى هذا المال موجودًا ولم يتلف، فإن ضمان الدائن يظل باقيًا، إلا أن هذا المال المرهون قد يسرق أو يحترق، فيضيع ضمان الدائن؛ ولهذا فإنه يكون للدائن مصلحة فى أن يؤمن على الشىء المرهون ضد السرقة أو ضد الحريق، فإذا ما حدث حريق أو سرقة حل التأمين محل الشىء المرهون، وانتقل

---

(١) ينظر عقد التأمين د. عبد الله مبروك ص٢٧، ٢٨ .

حق الدائن المرتهن إلى التعويض المستحق للمدين، وقد نصت على هذا المادة (٧٧٠/ ١) من التقنين المدنى المصرى[١] .

وقد يلجأ المؤمَّن على حياته إلى التأمين على حياته لصالح دائنه، فيحصل الدائن على مبلغ التأمين عند وفاة المدين، وقد يلجأ الدائن إلى التأمين ضد إعسار المدين، وكثيرًا ما يشترط الدائن الذى له حق مضمون برهن عقارى على مدينه التأمين على العقار ضد الحريق؛ ليحصل من مبلغ التأمين على دينه إذا وقعت الكارثة[٢] .

والملاحظ أن التأمين فى تيسيره للائتمان يكلف المؤمن له نفقات كثيرة هى عبارة عن أعباء التأمين، بالإضافة إلى الفوائد الكثيرة التى تضاف إلى القروض، كما أنه يفقد الأمان: إذا ما اضطر إلى تصفية التأمين[٣] ، لكنه فى الوقت نفسه يساعد الدولة فى الحصول على ما تحتاجه من قروض؛ إذ تحتفظ شركات التأمين باحتياطى كبير توظفه فى شراء السندات التى تصدرها هى والهيئات العامة، وهذا يؤدى إلى تقوية الائتمان العام إلى حد كبير.

ثالثًا - التأمين وسيلة للادخار:

يعتبر التأمين وسيلة لتكوين رءوس الأموال، فمن خلاله يمكن تجميع مبالغ طائلة من الأقساط التى يدفعها المستأمنون والتى يغلب أن تكون أكثر من التعويضات التى تلتزم شركات التأمين بدفعها، بعد قيامها بدفع جزء منها عند وقوع الحادث المؤمن منه، وتحتفظ بجزء آخر بمثابة احتياطى، ويستغل الجزء الباقى فى تمويل المشروعات الخاصة بالأفراد وبالدولة. وهذه الأموال التى تجمعها شركات التأمين سواء أكانت أقساطًا أو رأس مال الشركة أو احتياطات تفيد المستأمنين وتعود على الاقتصاد القومى بالنفع[٤] ؟

كما أن هذه المبالغ الطائلة يدخرها المستأمنون لوقت الحاجة عن طريق التأمين على الحياة، كما يحصلون على مبلغ من المال دفعة واحدة لتعويض الأضرار

---

(١) ينظر عقد التأمين د. عبد الله مبروك ص٢٨، ٢٩ .

(٢) انظر: الوسيط للسنهورى ٧/ ١٠٩٥، ونظرية التأمين التعاونى للدكتور رجب عبد التواب ص١٣١ .

(٣) انظر: مذكرات فى عقد التأمين للدكتور حمدى عبد الرحمن ص١٣ .

(٤) ينظر عقد التأمين د. عبد الله مبروك ص٢٩ .

الأخرى التى يتعرضون لها.

رابعًا - تأمين الدَّين:

بالإضافة إلى ما أشرنا إليه من أنه فى التأمين يجد الدائنون طريقًا مباشرًا للائتمان، فيلجأ الدائن إلى تأمين الدَّين سواء بتأمين كفالة الوفاء أو التأمين من إعسار المدين كما هو الحال فى تأمين الدين.

بالإضافة إلى ذلك فإننا نجد المصارف المحلية كالمصرف العقارى والمصارف التجارية الأخرى تتشدد فى إجراء التأمين على الممتلكات والعقارات، وذلك لتسهيل مهمته فى التوسع فى منح القروض والتسهيلات المصرفية الأخرى حيث يجد المصرف أن توثيق العقار بالتأمين خير ائتمان[١] .

خامسًا - التأمين من عوامل الوقاية:

يعمل التأمين على تقليل وقوع الحوادث والأخطار أو تلاشيها عن طريق تلافى أسبابها والعمل على تجنب وقوعها، ويتحقق هذا عن طريق جمعيات تكونها شركات التأمين فيما بينها فتقوم هذه الجمعيات ببحث أسباب المخاطر والعمل على توقيها، وذلك كالعمل على توقى الحرائق وإصابات العمل وحوادث السيارات، وهى تهدف من وراء ذلك إلى الحد من التعويضات التى تلتزم شركات التأمين بدفعها.

وكثيرا ما تكون بين شركات التأمين جمعيات يكون الغرض منها دراسة أسباب المخاطر والعمل على توقيها؛ ولذلك فهى تختار بعض الخبراء لتفقد أحوال المصانع والمحلات، وأكثر الأماكن المؤمَّن عليها للوقوف على حالتها؛ تمهيدًا لتقديم الوسائل الكفيلة، والنصائح التى تقلل من الحوادث، وذلك بتوزيع النشرات على العمال حتى يستطيعوا تجنب الحوادث[٢]؛ فيصبح التأمين بذلك عاملا من عوامل الوقاية.

وقد تلجأ شركات التأمين إلى اتباع الوسائل التى تشجع المستأمن على مراعاة الحيطة، ومن ذلك تخفيض قسط التأمين الذى يدفعه المؤمن له بنسبة معينة، أو إشراك المستأمن فى الأرباح إذا قلت نسبة الحوادث فى السنة الماضية عن معدلها.

---

(١) راجع التأمين فى الشريعة والقانون د. شوكت عليان ص٢٦ .

(٢) راجع التأمين فى الشريعة والقانون د. شوكت عليان ص٢٧ .

ومثل ذلك فى التأمين من حوادث السيارات؛ إذ تقوم بتخفيض القسط السنوى عاما بعد عام بنسبة معينة، إذا لم يقع من المستأمنين حادثة فى العام السابق[١] .

سادسًا - الدور الدولى للتأمين:

هناك تماثل فى المخاطر بين الدول المختلفة؛ ولذلك فإن مجال التأمين يتخطى حدود الدولة ويمتد إلى الدول الأخرى، ويحدث ذلك من خلال طريقين:

الطريق الأولى: قيام الشركات الوطنية بإبرام عقود تأمين مباشرة عن أخطار وقعت فى الخارج، وذلك بواسطة وكلائها وفروعها الموجودة هناك.

الثانية: قيام شركات التأمين بإعادة التأمين، فهى بعد أن تتعاقد مع المؤمن لهم فى داخل الدولة تقوم بالتعاقد مع شركات أجنبية بقصد تحميلها جزءًا من الأخطار بدلا من أن تتحمله الشركة وحدها إزاء عملائها فى الداخل؛ فيمكن بذلك أن يتحمل معيد التأمين فى الخارج جزءًا من الأضرار، فتتوزع بهذا الآثار المترتبة على الكوارث بين شركات التأمين فى الدول المختلفة بدلا من أن تتحملها الشركات المحلية وحدها، ويحقق هذا نوعا من التوازن والاستقرار العام، كما أن هذا الطابع الدولى للتأمين قد يعين على توحيد أحكامه، خاصة أن المشاكل التى يثيرها تكاد تكون متشابهة فى الدول المختلفة[٢] .

سابعًا - حماية الأسرة:

يذهب فقهاء التأمين إلى اعتبار التأمين على الحياة أنجح الوسائل لحماية الأسرة من الخسائر المادية الناشئة عن وفاة العائل فى سن مبكرة؛ ولهذا فإن التأمين يضمن دفع مبالغ معينة أو معاشات لورثة المؤمَّن له فى حالة الوفاة[٣] .

ثامنًا - التأمين عامل من عوامل إتاحة فرص العمل:

يوفر التأمين الكثير من فرص العمل، سواء داخل أجهزة ومؤسسات وهيئات التأمين أو خارجها، وخاصة الذين يعملون فى مجال الإنتاج.

تاسعًا - التأمين ذو جوانب أخلاقية:

التأمين ليس عملية مادية بحتة، لكن له جانبًا معنويًا أخلاقيًا، ولا يقلل من ذلك

---

(١) ينظر عقد التأمين د. عبد الله مبروك ص٣٠ .

(٢) ينظر عقد التأمين د. عبد الله مبروك ص٣٠، ٣١ .

(٣) انظر: التأمين للدكتور شوكت عليان ص٢٧ .

الصفة الاحتمالية التى قد تجعله - يبدو للوهلة الأولى - كأنه من أعمال المضاربة أو القمار الذى لا يتفق مع مبادئ الأخلاق؛ إذ الواقع أن التأمين ذو جانب أخلاقى يقوم عليه: كفضيلة الاستعداد للمستقبل، والإيثار، والتعاون على البر.

وقد وضع المشرع قواعد يهدف من ورائها منع أطراف التأمين من الخروج على المبادئ الخلقية، منها:

- أنه قد وضع تنظيما آمرا لعقد التأمين لحماية المؤمن له وهو الطرف الضعيف فى العقد، وقد نصت المادة (٧٥٣) مدنى على أنه: «يقع باطلا كل اتفاق يخالف أحكام النصوص الواردة فى هذا الفصل، إلا أن يكون ذلك لمصلحة المؤمن له أو لمصلحة المستفيد».

- عمل المشرع على بسط رقابته على الهيئات التى تقوم بالتأمين حتى يمنعها من استغلال المؤمن لهم.

- كذلك فإن مما يتفق مع قواعد الأخلاق ما يقضى به المشرع من عدم المسئولية عن الأضرار الناشئة عن الفعل العَمدِى الصادر من المؤمن له، وبطلان كل شرط يخالف ذلك، وإلا لكان فى استطاعة المؤمن له أن يتسبب عمدًا فى وقوع الكارثة ليحصل على مبلغ التأمين، ومثال ذلك أن يقوم بإحراق الشىء المؤمن عليه عمدًا، وقد نصت على هذا المادة (٧٦٨/ ١) مدنى.

وكذلك فإن تأثير القواعد الخلقية فى التأمين يبدو واضحا فى الصفة التعويضية لتأمين الأضرار؛ ففى هذا النوع من التأمين يقتصر المؤمن له على تعويض الخسارة وفى حدودها؛ حتى لا يكون التأمين مصدر إثراء وكسب بدون سبب.

وقد وضع المشرع قواعد تهدف إلى مجازاة المتعاقد الغشاش والمدلس فى عقد التأمين، سواء أكان ذلك عند انعقاد العقد أم فى أثناء تنفيذه أم عند وقوع الكارثة، وهذا ما يعبر عنه بأن عقد التأمين من عقود حسن النية، والمؤمن له يُلزَم بأن يدلى بكافة البيانات الصحيحة التى يكون من شأنها إحاطة المؤمن علما بقدر الخطر المؤمن منه وجسامته، فإذا أخفى المستأمن الحقيقة عمدًا أو دلس على المؤمن بشأنها، حرم من حقه فى التأمين، ومن المقرر كذلك أن حق المؤمن له يسقط إذا تعمد زيادة الخطر، فهذه المبادئ وغيرها تبرز مقدار الجانب الخلقى فى التأمين[١] .

---

(١) ينظر: عقد التأمين د. عبد الله مبروك ص٣١، ٣٢ .

ومما ينبغى التنبيه إليه: أن أغراض التأمين تختلف تبعا لأنواعه المتعددة:

فمثلا التأمين البحرى أهم أغراضه:

- تعويض أصحاب السفن عن الخسائر التى تلحق بهم بسبب غرق سفنهم، أو عن الضرر اللاحق بهم نتيجة عطل لحق بالسفينة.

- تغطية الأخطار التى تتعرض لها السفينة أثناء قيامها ورسوها، وكذلك تجربتها وإصلاحها.

- تعويض أصحاب السفن عن المبالغ التى يلتزمون بدفعها بسبب مسئوليتهم الناجمة عن استخدام هذه السفن.

- تعويض أصحاب الشاحنات البحرية عن أجور الشحن.

- تعويض أصحاب الشاحنات البريدية فى حالة فقدها أو حدوث أضرار بها أثناء نقلها بالسفن.

وأما التأمين من الحريق فأهم أغراضه:

- فى عقود تأمين الأخطار العادية يكون الغرض تغطية أخطار الفقد أو التلف الناشئ عن الحريق والصواعق، سواء من المبانى أو محتوياتها بالإضافة إلى تأمين فقد إيجار المبنى فى حالة عدم إمكان شغله بسبب الحريق، وكذلك أتعاب المهندسين وخبراء المعاينة التى تنفق فى حالة ما إذا تقرر إعادة تشييد المبنى إلى حالته الأصلية.

- فى عقود التأمين من خطر ضياع الأرباح المتوقعة، يكون الغرض تغطية الخسائر التى تنشأ نتيجة الحرمان من الأرباح بسبب وقوع الحريق.

- فى عقود التأمين من أخطار غير عادية، يكون الغرض تغطية أخطار الشغب والاضطرابات وأخطار الانفجارات والعواصف والأعاصير وانفجارات خزانات المياه وأنابيبه والأضرار التى تتسبب فيها السيارات ونحوها وأخطار الزلازل[١] .

* * *

---

(١) ينظر التأمين فى الشريعة والقانون ص٢٧، ٢٨ .

القسم الثانى التأمين فى الشريعة الإسلامية

الفصل الأول

المفهوم الأصيل للتأمين فى الإسلام

ويحوى مبحثين:

المبحث الأول: معنى التأمين الإسلامى وعناصره.

المبحث الثانى: التأمين الإسلامى ومصالح الإنسان.

المبحث الأول

معنى التأمين الإسلامى وعناصره

إذا كان الغرض من هذه الدراسة بيان حكم الإسلام فى التأمين الوضعى، ومدى تمشيه مع شريعة الإسلام السمحة، فإنه من المفيد - قبل عرض هذا اللون المقنن وضعيًّا على الشريعة - أن نبين: هل الإسلام تحدث عن التأمين، أو أن له أصولا فيه أم لا؟

وللإجابة عن هذا السؤال يمكن القول - كما سبق أن بينّا فى الفصل الأول عند تعريف التأمين -: إن التأمين مشتق من الأمن، ويعنى طمأنينة النفس وزوال الخوف.

وقد تكررت مادة «أمن» فى القرآن الكريم حوالى ٨٧٩ مرة[1] ، جلها جاء بمعنى (الإيمان)، قال الله تعالى: ﴿ءَامَنَ ٱلرَّسُولُ بِمَآ أُنزِلَ إِلَيۡهِ مِن رَّبِّهِۦ وَٱلۡمُؤۡمِنُونَۚ كُلٌّ ءَامَنَ بِٱللَّهِ وَمَلَـٰٓئِكَتِهِۦ وَكُتُبِهِۦ وَرُسُلِهِۦ لَا نُفَرِّقُ بَيۡنَ أَحَدٖ مِّن رُّسُلِهِۦۚ وَقَالُواْ سَمِعۡنَا وَأَطَعۡنَاۖ غُفۡرَانَكَ رَبَّنَا وَإِلَيۡكَ ٱلۡمَصِيرُ﴾ [البقرة: ٢٨٥] ووردت مادة «أمن» أيضا بمعنى الأمانة، وهى ما يؤتمن عليه الإنسان ليحفظه ويصونه ويقوم بحقوقه حتى يؤديه إلى أهله، قال الله تعالى: ﴿إِنَّ ٱللَّهَ يَأۡمُرُكُمۡ أَن تُؤَدُّواْ ٱلۡأَمَـٰنَـٰتِ إِلَىٰٓ أَهۡلِهَا﴾ [النساء: ٥٨].

ووردت بمعان أخر، مثل: الاطمئنان وعدم الخوف، وحفظ النفس والمال، وتأمين الإنسان من صروف الأيام والليالى، وتأمين الحاجات الغذائية والكسائية والعلاجية، والمركب والمأوى للإنسان.

(١) المعجم المفهرس لألفاظ القرآن الكريم لمحمد فؤاد عبد الباقى .

ويمكن أن نبين ما جاء فى القرآن من مادة «أمن» بمعنى التأمين فى الأقسام الآتية:

أولًا - التأمين الإيمانى:

الإيمان أساس حياة الإنسان وسعادته، ومصدر راحته وطمأنينته، وسبب أمنه وأمانه، فبه يكون وبغيره لا يكون، وبه يسود وبغيره يذل ويخضع، به يجد الرضا، وبغيره يعانى القلق، به يجد الأمن والأمان، وبغيره يجد الفزع، به يجد الشفاء والدواء وبغيره يعانى الحزن والألم، به يجد الصبر والعزاء وبغيره يجد اليأس والقنوط والضجر، به يجد الرضا وبغيره يقاسى الحرمان والشقاء . . . والإيمان لغة هو التصديق أو التأمين[١] .

قال الله تعالى: ﴿وَلَوْ أَنَّ أَهْلَ الْقُرَىٰ آمَنُوا وَاتَّقَوْا لَفَتَحْنَا عَلَيْهِم بَرَكَاتٍ مِّنَ السَّمَاءِ وَالْأَرْضِ وَلَٰكِن كَذَّبُوا فَأَخَذْنَاهُم بِمَا كَانُوا يَكْسِبُونَ أَفَأَمِنَ أَهْلُ الْقُرَىٰ أَن يَأْتِيَهُم بَأْسُنَا بَيَاتًا وَهُمْ نَائِمُونَ أَوَأَمِنَ أَهْلُ الْقُرَىٰ أَن يَأْتِيَهُم بَأْسُنَا ضُحًى وَهُمْ يَلْعَبُونَ أَفَأَمِنُوا مَكْرَ اللَّهِ ۚ فَلَا يَأْمَنُ مَكْرَ اللَّهِ إِلَّا الْقَوْمُ الْخَاسِرُونَ﴾ [الأعراف: ٩٦ - ٩٩].

وهذه الآيات جاءت بعد أن قص القرآن الكريم ما نزل بالأمم السابقة من البأساء والضراء جزاء كفرهم وعصيانهم، ويقرر الحق تبارك وتعالى أن الناس لو آمنوا به وبما دعاهم إليه الرسل الذين أرسلهم لفتح عليهم الخير، ولعمتهم البركات، ولتسربلوا بسربال الأمن والطمأنينة.

ومن ثم، فالقاعدة القرآنية المقررة: أن الإيمان الصحيح واتباع الدين الحق - الإسلام - سبب لسعادة الدنيا ونعمتها، قال الله - تعالى -: ﴿مَنْ عَمِلَ صَالِحًا مِّن ذَكَرٍ أَوْ أُنثَىٰ وَهُوَ مُؤْمِنٌ فَلَنُحْيِيَنَّهُ حَيَاةً طَيِّبَةً ۖ وَلَنَجْزِيَنَّهُمْ أَجْرَهُم بِأَحْسَنِ مَا كَانُوا يَعْمَلُونَ﴾ [النحل: ٩٧].

ولكن قد يشارك الكفار المؤمنين فى متاع الدنيا، فقد قال الله سبحانه وتعالى: ﴿فَلَمَّا نَسُوا مَا ذُكِّرُوا بِهِ فَتَحْنَا عَلَيْهِمْ أَبْوَابَ كُلِّ شَيْءٍ حَتَّىٰ إِذَا فَرِحُوا بِمَا أُوتُوا أَخَذْنَاهُم بَغْتَةً فَإِذَا هُم مُّبْلِسُونَ﴾ [الأنعام: ٤٤].

وواضح من الآية أن نعمة الكفار وقتية وتمتعهم بها لحظى، وأنها نعمة للاستدراج؛ لأنها تدعوهم إلى الفسق عن أمر الله الذى يؤدى بهم إلى العقوبة

---

(١) انظر أحكام القرآن لابن العربى ٢/ ٩١٧ .

والنقمة، وهذا بخلاف المؤمنين؛ إذ النعمة تدفعهم إلى شكر الله - عز وجل - بالرضا والاغتباط، واستعمالها فى الخير؛ فيكون ذلك سببًا فى رضا الله عنهم وإنزال بركته وحسن ثوابه لهم فى الآخرة[(١)] .

بل إن الإيمان المقترن بالعمل الصالح سبب للتمكين والسيادة والأمن فى الأرض؛ حيث قال الحق - سبحانه -: ﴿وَعَدَ ٱللَّهُ ٱلَّذِينَ ءَامَنُواْ مِنكُمْ وَعَمِلُواْ ٱلصَّٰلِحَٰتِ لَيَسْتَخْلِفَنَّهُمْ فِى ٱلْأَرْضِ كَمَا ٱسْتَخْلَفَ ٱلَّذِينَ مِن قَبْلِهِمْ وَلَيُمَكِّنَنَّ لَهُمْ دِينَهُمُ ٱلَّذِى ٱرْتَضَىٰ لَهُمْ وَلَيُبَدِّلَنَّهُم مِّنۢ بَعْدِ خَوْفِهِمْ أَمْنًا يَعْبُدُونَنِى لَا يُشْرِكُونَ بِى شَيْـًٔا وَمَن كَفَرَ بَعْدَ ذَٰلِكَ فَأُوْلَٰٓئِكَ هُمُ ٱلْفَٰسِقُونَ﴾ [النور: ٥٥].

ولذلك يضرب الحق - تبارك وتعالى - مثلا بقرية كانت آمنة مطمئنة، تنعم بالخير والاستقرار والأمن، يأتيها الرزق واسعًا كثيرًا، لكنهم كفروا نعمَة الله، وجحدوا فضله، فسلبهم الله تلك النعم وعاقبهم على قبح صنيعهم، يقول الحق - سبحانه -: ﴿وَضَرَبَ ٱللَّهُ مَثَلًا قَرْيَةً كَانَتْ ءَامِنَةً مُّطْمَئِنَّةً يَأْتِيهَا رِزْقُهَا رَغَدًا مِّن كُلِّ مَكَانٍ فَكَفَرَتْ بِأَنْعُمِ ٱللَّهِ فَأَذَٰقَهَا ٱللَّهُ لِبَاسَ ٱلْجُوعِ وَٱلْخَوْفِ بِمَا كَانُواْ يَصْنَعُونَ﴾ [النحل: ١١٢].

والآيتان تكشفان عن أن الإيمان سبب فى التمكين والاستقرار والسيادة وسعة الرزق وعموم الخير، وأن الكفر والجحود سبب فى: زوال الملك والتمكين، وعموم الذل، وضيق الرزق، والخوف والجوع والحرمان من نعم الله، سبحانه وتعالى.

ويؤكد الحق - سبحانه وتعالى - أن الإيمان سبب فى الأمن والهدى، وذلك حينما ذكر القرآن المحاجة بين إبراهيم الخليل - عليه السلام - وقومه المشركين، فقال - تعالى - على لسان إبراهيم يخاطب قومه: ﴿وَكَيْفَ أَخَافُ مَآ أَشْرَكْتُمْ وَلَا تَخَافُونَ أَنَّكُمْ أَشْرَكْتُم بِٱللَّهِ مَا لَمْ يُنَزِّلْ بِهِۦ عَلَيْكُمْ سُلْطَٰنًا فَأَىُّ ٱلْفَرِيقَيْنِ أَحَقُّ بِٱلْأَمْنِ إِن كُنتُمْ تَعْلَمُونَ﴾ ثم يقول الحق بعد ذلك مباشرة ﴿ٱلَّذِينَ ءَامَنُواْ وَلَمْ يَلْبِسُوٓاْ إِيمَٰنَهُم بِظُلْمٍ أُوْلَٰٓئِكَ لَهُمُ ٱلْأَمْنُ وَهُم مُّهْتَدُونَ﴾ [الأنعام: ٨١، ٨٢]، والظلم المقصود به هنا: الشرك، وقد فسره بذلك رسول الله ﷺ؛ فقد روى ابن مسعود - رضى الله عنه -

(١) راجع تفسير المنار ٩/ ٢٢، ٢٣ .

قال: لما نزلت هذه الآية شقَّ ذلك على المسلمين، فقالوا: يارسول الله، ما منا من أحد إلا وهو يظلم نفسه، فقال رسول الله ﷺ: «لَيْسَ بِذَلِكَ - وفى رواية: لَيْسَ كَمَا تَظُنُّونَ، وَإِنَّمَا هُوَ مَا قَالَ لُقْمَانُ لابْنِهِ: ﴿يَٰبُنَيَّ لَا تُشْرِكْ بِٱللَّهِ إِنَّ ٱلشِّرْكَ لَظُلْمٌ عَظِيمٌ﴾ [لقمان:١٣]، إِنَّمَا هُوَ الشِّرْكُ»(١)

والإيمان سبب فى الأمن من الخوف والحزن فى الدنيا والآخرة، وقد ورد الحديث عن الخوف والحزن فى آيات كثيرة من القرآن، كلها تبشر المؤمنين بالأمن من الفزع الأكبر فى الآخرة وتطمئنهم على حياتهم فى الدنيا، ومن هذه الآيات قوله تعالى: ﴿قُلْنَا ٱهْبِطُوا۟ مِنْهَا جَمِيعًا ۖ فَإِمَّا يَأْتِيَنَّكُم مِّنِّى هُدًى فَمَن تَبِعَ هُدَاىَ فَلَا خَوْفٌ عَلَيْهِمْ وَلَا هُمْ يَحْزَنُونَ﴾ [البقرة:٣٨]، وقال تعالى: ﴿إِنَّ ٱلَّذِينَ قَالُوا۟ رَبُّنَا ٱللَّهُ ثُمَّ ٱسْتَقَٰمُوا۟ فَلَا خَوْفٌ عَلَيْهِمْ وَلَا هُمْ يَحْزَنُونَ﴾ [:الأحقاف ١٣]، والآيات فى هذا الشأن كثيرة، وهى تدل على أن المهتدين بهدى الله، المؤمنين بما أنزل الله يؤمنهم الله ضد الخوف، ويحصنهم ضد الحزن، فهم لا يخافون مما هو آت، ولا يحزنون على ما فات؛ لأن الإيمان يثبت قلوبهم ويطمئن نفوسهم ﴿ٱلَّذِينَ ءَامَنُوا۟ وَتَطْمَئِنُّ قُلُوبُهُم بِذِكْرِ ٱللَّهِ ۗ أَلَا بِذِكْرِ ٱللَّهِ تَطْمَئِنُّ ٱلْقُلُوبُ﴾ [الرعد:٢٨].

ولأن الله يتولى أمر ذلك، فهو القائل: ﴿هُوَ ٱلَّذِىٓ أَنزَلَ ٱلسَّكِينَةَ فِى قُلُوبِ ٱلْمُؤْمِنِينَ لِيَزْدَادُوٓا۟ إِيمَٰنًا مَّعَ إِيمَٰنِهِمْ ۗ﴾ [الفتح:٤].

ثانيا - التأمين عن طريق الدعاء:

إن الإنسان فى الحياة الدنيا معرض للأخطار التى تهدد بدنه وولده وماله وعرضه، وهذه الأخطار متنوعة يرسلها الله؛ ليصيب بها من يشاء من عباده، فهو القائل - عز وعلا -: ﴿ءَأَمِنتُم مَّن فِى ٱلسَّمَآءِ أَن يَخْسِفَ بِكُمُ ٱلْأَرْضَ فَإِذَا هِىَ تَمُورُ أَمْ أَمِنتُم مَّن فِى ٱلسَّمَآءِ أَن يُرْسِلَ عَلَيْكُمْ حَاصِبًا ۖ فَسَتَعْلَمُونَ كَيْفَ نَذِيرِ﴾ [الملك ١٦، ١٧]، وهذه الأخطار لا يقدر

---

(١) أخرجه البخارى (١/ ١٢٢) كتاب: الإيمان، باب: ظلم دون ظلم (٣٢) وأطرافه فى (٣٣٦٠، ٣٤٢٨، ٣٤٢٩، ٤٦٢٩، ٤٧٧٦، ٦٩١٨، ٦٩٣٧)، ومسلم (١/ ١١٤) كتاب: الإيمان، باب: صدق الإيمان (١٢٤/١٩٧)، وأحمد (١/ ٣٧٨، ٤٢٤، ٤٤٤)، والترمذى، (٥/ ١٥٢) أبواب القراءات، باب: ومن سورة الأنعام (٣٠٦٧)، وأبو يعلى (٥١٥٩)، وأبو عوانة (١/ ٧٣)، وابن حبان (٢٥٣)، وابن منده (٢٦٥)، (٢٦٦)، (٢٦٧)، (٢٦٨)، والشاشى (٣٣٤)، (٣٣٥)، (٣٣٦)، (٣٣٧)، والبيهقى (١٠/ ١٨٥).

على دفعها إلا الله سبحانه.

أضف إلى ذلك أن الفزع عند الضيق والشدة مركوز فى طبع الإنسان، فلو لم يعتصم الإنسان بربه لعصف به الفزع وأرداه، ولن يعتصم الإنسان بربه إلا إذا كان مسلمًا مؤمنًا، فالمسلم المؤمن - وحده - هو الذى يعتقد أن الله قادر على أن يؤمنه من كل ضر يصيبه، وأن يكفل له سعة الرزق ورخاء العيش وصحة البدن، وهذا ما يقرره القرآن الكريم عندما يقول الحق تبارك - وتعالى -: ﴿وَإِن يَمْسَسْكَ ٱللَّهُ بِضُرٍّ فَلَا كَاشِفَ لَهُۥٓ إِلَّا هُوَ ۖ وَإِن يَمْسَسْكَ بِخَيْرٍ فَهُوَ عَلَىٰ كُلِّ شَىْءٍ قَدِيرٌ﴾ [الأنعام: ١٧].

ومن الأسباب الدافعة للأخطار والتى أعطاها الله لعباده: الدعاء، ووعد سبحانه أمة محمد ﷺ باستجابة الدعاء فقال: ﴿وَإِذَا سَأَلَكَ عِبَادِى عَنِّى فَإِنِّى قَرِيبٌ ۖ أُجِيبُ دَعْوَةَ ٱلدَّاعِ إِذَا دَعَانِ ۖ فَلْيَسْتَجِيبُوا۟ لِى وَلْيُؤْمِنُوا۟ بِى لَعَلَّهُمْ يَرْشُدُونَ﴾ [البقرة: ١٨٦]. وفى الحديث عن عبادة بن الصامت، قال: سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول: «أُعْطِيَتْ أُمَّتِى ثَلاثًا لَمْ تُعْطَ إِلَّا لِلأَنْبِيَاءِ: كَانَ اللهُ إِذَا بَعَثَ نَبِيا قَالَ: ادْعُنِى أَسْتَجِبْ لَكَ، وَقَالَ لِهَذِهِ الأُمَّةِ: ادْعُونِى أَسْتَجِبْ لَكُمْ، وَكَانَ اللهُ إِذَا بَعَثَ النَّبِىَّ قَالَ لَهُ: مَا جُعِلَ عَلَيْكَ فِى الدِّينِ مِنْ حَرَجٍ، وَقَالَ لِهَذِهِ الأُمَّةِ: مَا جَعَلَ عَلَيْكُمْ فِى الدِّينِ مِنْ حَرَجٍ، وَكَانَ إِذَا بَعَثَ نَبِيًّا جَعَلَهُ شَهِيدًا عَلَى قَوْمِهِ، وَجَعَلَ هَذِهِ الأُمَّةَ شُهَدَاءَ عَلَى النَّاسِ»(١).

فالله - سبحانه وتعالى - قريب من عباده يسمع دعاءهم ويعلم اضطرارهم، فيجيبهم بما شاء وكيف شاء، إذا تحققت شروط الدعاء الشرعية المنصوص عليها فى كتاب الله وسنة رسوله - عليه الصلاة والسلام - وبعد استيفاء الأسباب المادية التى أمر الله باتباعها فى الحياة، فلا يتواكل ثم يدعو الله؛ لأن دعاء العبد - فى حقيقته - سؤال الله التوفيق والهداية للأسباب المعينة، وأن تؤتى هذه الأسباب نتائجها المرجوة.

ثم إن دعاء المؤمن لا يجب أن يكون مقصورا على طلب حظوظ الدنيا ﴿فَمِنَ ٱلنَّاسِ مَن يَقُولُ رَبَّنَآ ءَاتِنَا فِى ٱلدُّنْيَا وَمَا لَهُۥ فِى ٱلْـَٔاخِرَةِ مِنْ خَلَـٰقٍ﴾ [البقرة: ٢٠٠]، لكن يجب أن يكون للآخرة نصيب فى هذا الدعاء، بل النصيب الأوفر:

---

(١) ذكره الهندى فى كنز العمال (٣٤٥٣٠) وعزاه للحكيم الترمذى عن عبادة بن الصامت .

﴿وَمِنْهُم مَّن يَقُولُ رَبَّنَآ ءَاتِنَا فِى ٱلدُّنْيَا حَسَنَةً وَفِى ٱلْءَاخِرَةِ حَسَنَةً وَقِنَا عَذَابَ ٱلنَّارِ أُوْلَٰٓئِكَ لَهُمْ نَصِيبٌ مِّمَّا كَسَبُوا۟ ۚ وَٱللَّهُ سَرِيعُ ٱلْحِسَابِ﴾ [البقرة: ٢٠١، ٢٠٢].

ثالثا - التأمين عن طريق التأمين على الدعاء:

تبين لنا - فيما سبق - الأهمية الكبرى للدعاء، ومن الأمور التى تتعلق بالدعاء التأمين عليه، ومعنى التأمين على الدعاء أن يقول العبد: آمين، ومعنى آمين: اللهم استجب؛ ففى الحديث أن رسول الله - عليه الصلاة والسلام - قال: «لَقَّنَنِى جِبْرِيلُ «آمِينَ» عِنْدَ فَرَاغِى مِنْ فَاتِحَةِ الْكِتَابِ، وَقَالَ: إِنَّهُ كَالْخَاتَمِ عَلَى الْكِتَابِ»[١] ، وفى حديث آخر: «آمِينَ: خَاتَمُ رَبِّ الْعَالَمِينَ»[٢] .

وللتأمين أهمية كبرى؛ لما رواه أبو هريرة أن رسول الله ﷺ قال: «إِذَا أَمَّنَ الإِمَامُ فَأَمِّنُوا؛ فَإِنَّ مَنْ وَافَقَ تَأْمِينُهُ تَأْمِينَ الْمَلَائِكَةِ غُفِرَ لَهُ مَا تَقَدَّمَ مِنْ ذَنْبِهِ»[٣] .

وذهب العلماء إلى أن هذا الحديث يترتب عليه مقدمات أربع: الأولى: تأمين الإمام، والثانية: تأمين من خلفه، والثالثة: تأمين الملائكة. والرابعة: موافقة التأمين»[٤] .

---

(١) انظر تفسير القرطبى (١/ ١٢٨) .

(٢) ذكره السيوطى فى الدر المنثور (١/ ٤٤) وعزاه للطبرانى فى الدعاء وابن مردويه وابن عدى بسند ضعيف عن أبى هريرة .

(٣) أخرجه مالك (١/ ٨٧) كتاب: الصلاة، باب: التأمين خلف الإمام، وأحمد (٢/ ٤٥٩)، والبخارى (٢/ ٢٦٢) كتاب: الأذان، باب: جهر الإمام بالتأمين، الحديث (٧٨٠)، ومسلم (١/ ٣٠٧) كتاب: الصلاة، باب: التسميع والتحميد والتأمين، الحديث (٧٢/ ٤١٠)، وأبو داود (١/ ٥٧٦) كتاب: الصلاة، باب: التأمين وراء الإمام، الحديث (٩٣٦)، والترمذى (١/ ١٥٨) كتاب: الصلاة، باب: فضل التأمين، الحديث (٢٥٠)، والنسائى (٢/ ١٤٤) كتاب: الافتتاح، باب: جهر الإمام بآمين، وابن ماجه (١/ ٢٧٧) كتاب: إقامة الصلاة، باب: الجهر بآمين، الحديث (٨٥١)، والبيهقى (٢/ ٥٦ - ٥٧) كتاب: الصلاة، باب: جهر الإمام بالتأمين، وابن خزيمة (١/ ٢٨٦)، رقم (٥٦٩)، (٣/ ٣٧) والحميدى (٩٣٣) وأبو عوانة (٢/ ١٣٠ - ١٣١) وابن الجارود فى المنتقى رقم (١٩٠، ٣٢٢)، وابن حبان (١٧٩٥ - الإحسان) والخطيب فى تاريخ بغداد (١١/ ٣٢٧ - ٣٢٨) والبغوى فى شرح السنة (٢/ ٢٠٩) من طرق عن أبى هريرة أن النبى ﷺ قال: إذا أمن الإمام فأمنوا فإنه من وافق تأمينه تأمين الملائكة غفر له ما تقدم من ذنبه» .

وقال الترمذى: هذا حديث حسن صحيح ا هـ .

(٤) ينظر أحكام القرآن للقرطبى ١/ ١٢٧، وأحكام القرآن لابن العربى ١/ ٦ .

وقد ورد فى حديثين عن ابن عباس والسيدة عائشة ما يفيد اختصاص الأمة المحمدية بكلمة «آمين»، فقد روى عن ابن عباس عن النبى ﷺ قال: «مَا حَسَدَتْكُمُ الْيَهُودُ عَلَى شَىْءٍ مَا حَسَدَتْكُمْ عَلَى «آمِين»، فَأَكْثِرُوا مِنْ قَوْلِ آمِينَ»[1] ، وروى عن عائشة أنه ﷺ قال: «مَا حَسَدَتْكُمُ الْيَهُودُ عَلَى شَىْءٍ مَا حَسَدَتْكُمْ عَلَى السَّلَامِ وَالتَّأْمِينِ»[2] .

والأمور المذكورة سلفا من: التأمين الإيمانى وتأمين الدعاء والتأمين على الدعاء يختلط فيها الأخروى بالدنيوى، بمعنى أنها تتعلق بأمور الدنيا كما تتعلق بأمور الآخرة، فهى أسباب لتحقيق التأمين والطمأنينة فى الدنيا والآخرة، لكن هناك تأمينا يخص الآخرة، وتأمينا آخر يخص الدنيا، وكلاهما جاء ذكره فى القرآن الكريم وسنة المصطفى عليه الصلاة والسلام، وهو موضوع حديثنا فى فيما يأتى.

رابعا - التأمين الأخروى:

نعلم أن من أصل العقيدة الإسلامية الإيمان باليوم الآخر وأهواله وأحداثه، وما يحصل بعده من الجزاء؛ فإما نعيم مقيم، وإما عذاب دائم، فالناس فيه صنفان ﴿فَرِيقٌ فِي ٱلْجَنَّةِ وَفَرِيقٌ فِي ٱلسَّعِيرِ﴾ [الشورى:٧]. ومعنى هذا أن فيه تأمينا للصنف الأول من عدة مخاطر، يمكن بيانها فيما يلى:

١ - التأمين من الفزع الأكبر:

والفزع معناه: الحزن والخوف الشديد المفضى إلى الموت والهلاك، وفى الآخرة يكون الفزع الأكبر عندما ينفخ فى الصور، فيفزع أهل السموات وأهل الأرض إلا من شاء الله، قيل: هم الشهداء، قال الله تعالى: ﴿وَيَوْمَ يُنفَخُ فِي ٱلصُّورِ فَفَزِعَ مَن فِي ٱلسَّمَٰوَٰتِ وَمَن فِي ٱلْأَرْضِ إِلَّا مَن شَآءَ ٱللَّهُ وَكُلٌّ أَتَوْهُ دَٰخِرِينَ﴾ [النمل:٨٧].

وقد جعل الله الحسنات والأعمال الصالحة التى يفعلها العبد سببا فى تأمين العبد

---

(١) أخرجه ابن ماجه (٢/١٣٨) كتاب: إقامة الصلاة، باب: الجهر بآمين (٨٥٧). قال البوصيرى فى الزوائد (١/٢٩٨): هذا إسناد ضعيف؛ لاتفاقهم على ضعف طلحة بن عمرو. وانظر ضعيف ابن ماجه للعلامة الألبانى رحمه الله (١٨٣) .

(٢) أخرجه ابن ماجه (٨٥٦)، والبخارى فى الأدب المفرد (٩٨٨). قال البوصيرى فى الزوائد (١/٢٩٧): هذا إسناد صحيح احتج مسلم بجميع رواته، رواه أحمد فى مسنده وابن خزيمة فى صحيحه والطبرانى، ورواه البيهقى فى سننه الكبرى من طريق محمد بن الأشعث عن عائشة أتم منه. وانظر السلسلة الصحيحة للعلامة الألبانى رحمه الله (٦٩١) .

فى هذا اليوم، فقد قال الله تعالى: ﴿إِنَّ الَّذِينَ سَبَقَتْ لَهُم مِّنَّا الْحُسْنَىٰ أُولَٰئِكَ عَنْهَا مُبْعَدُونَ لَا يَسْمَعُونَ حَسِيسَهَا وَهُمْ فِي مَا اشْتَهَتْ أَنفُسُهُمْ خَالِدُونَ لَا يَحْزُنُهُمُ الْفَزَعُ الْأَكْبَرُ وَتَتَلَقَّاهُمُ الْمَلَائِكَةُ هَٰذَا يَوْمُكُمُ الَّذِي كُنتُمْ تُوعَدُونَ﴾ [الأنبياء: ١٠١ - ١٠٣] فهذا العبد لا تصيبه أهوال القيامة والبعث؛ لأنه فى مأمن منها»[١] .

٢ - التأمين من عذاب الله فى النار:

والتأمين من عذاب النار جزاء التزام العبد بأوامر الله واجتناب نواهيه فى الحياة الدنيا، فالذى لا يؤمن بالله وبآياته ويطعن فيها لا يؤمّن يوم القيامة، بخلاف المؤمن فإنه يأتى آمنا، وفى هذا يقول الله تعالى: ﴿إِنَّ الَّذِينَ يُلْحِدُونَ فِي آيَاتِنَا لَا يَخْفَوْنَ عَلَيْنَا أَفَمَن يُلْقَىٰ فِي النَّارِ خَيْرٌ أَم مَّن يَأْتِي آمِنًا يَوْمَ الْقِيَامَةِ اعْمَلُوا مَا شِئْتُمْ إِنَّهُ بِمَا تَعْمَلُونَ بَصِيرٌ﴾ [فصلت: ٤٠]. فالآية تربط بين عمل الإنسان فى الدنيا وأمنه فى الآخرة، وأن من يؤمن بآيات الله ويتبع أوامره ونواهيه يكن ذلك تأمينا له من عذاب النار يوم القيامة[٢] .

٣ - تأمين دخول الجنة:

الله - سبحانه وتعالى - وعد عباده المتقين تأمين دخول الجنة فقال: ﴿إِنَّ الْمُتَّقِينَ فِي جَنَّاتٍ وَعُيُونٍ ادْخُلُوهَا بِسَلَامٍ آمِنِينَ وَنَزَعْنَا مَا فِي صُدُورِهِم مِّنْ غِلٍّ إِخْوَانًا عَلَىٰ سُرُرٍ مُّتَقَابِلِينَ لَا يَمَسُّهُمْ فِيهَا نَصَبٌ وَمَا هُم مِّنْهَا بِمُخْرَجِينَ﴾ [الحجر: ٤٥ - ٤٨].

ومعنى الآيات أن الله - عز وجل - وعد من اتقاه وأطاعه وتجنب معصيته بأن يؤمنهم أثناء دخول الجنة من كل خوف وفزع فلا خشية من إخراج ولا انقطاع ولافناء[٣] .

٤ - الأمن فى غرفات الجنة:

المؤمن يعتقد اعتقادا جازما أن الأموال والأولاد لن تقربه من رحمة الله - عز وجل - ولكن الذى يقربه هو الإيمان والعمل الصالح، فالذين آمنوا وعملوا الصالحات تضاعف لهم الحسنات ويؤمَّنونَ فى غرفات الجنة من العذاب والموت

---

(١) انظر أحكام القرآن للقرطبى ٣٤٦/١٠ .
(٢) انظر: تفسير الطبرى ١٨/٩، وتفسير القرطبى ٣٦٦/١٥ .
(٣) انظر تفسير القرآن العظيم لابن كثير (دار التراث، القاهرة) ٥٥٣/٢ .

والأسقام وكل بأس وخوف وأذى ومن كل شر يحذر منه(١) .

وفي هذا يقول الحق - سبحانه -: ﴿وَمَآ أَمْوَٰلُكُمْ وَلَآ أَوْلَٰدُكُم بِٱلَّتِى تُقَرِّبُكُمْ عِندَنَا زُلْفَىٰٓ إِلَّا مَنْ ءَامَنَ وَعَمِلَ صَٰلِحًا فَأُو۟لَٰٓئِكَ لَهُمْ جَزَآءُ ٱلضِّعْفِ بِمَا عَمِلُوا۟ وَهُمْ فِى ٱلْغُرُفَٰتِ ءَامِنُونَ﴾ [سبأ: ٣٧].

٥ - تأمين الإقامة فى الجنة والتمتع بطيباتها:

ورد فى القرآن الكريم أن الله أعد لعباده الطائعين المتقين مقاما أمينا، أى: آمنًا من الآفات والموت والوصب؛ حيث إن المقيم فى الجنة يأمن كل البوائق، قال الله تعالى: ﴿إِنَّ ٱلْمُتَّقِينَ فِى مَقَامٍ أَمِينٍ فِى جَنَّٰتٍ وَعُيُونٍ يَلْبَسُونَ مِن سُندُسٍ وَإِسْتَبْرَقٍ مُّتَقَٰبِلِينَ كَذَٰلِكَ وَزَوَّجْنَٰهُم بِحُورٍ عِينٍ يَدْعُونَ فِيهَا بِكُلِّ فَٰكِهَةٍ ءَامِنِينَ﴾ [الدخان: ٥١ - ٥٥]

يقول ابن كثير: ﴿فِى مَقَامٍ أَمِينٍ﴾ أى: فى الآخرة، وهو الجنة، قد أمنوا فيها من الموت والخروج ومن كل همٍّ وحزنٍ وجزعٍ وتعبٍ ونصبٍ، ومن الشيطان وكيده وسائر الآفات والمصائب»(٢) .

والحقيقة أن الأخطار التى تهدد الإنسان فى الآخرة أشد وأقسى، وأخطار الدنيا بالنسبة لها لا تعد شيئًا مهما عظم ضررها، ولقد صدق الشاعر القائل:

أما والله لو علم الأنامُ ... لِمَا خلقوا لما غفلوا وناموا

لقد خلقوا لما لو أبصرَتْهُ ... عيونُ قلوبِهم تاهوا وهاموا

مماتٌ ثم قبرٌ ثم حشرٌ ... وتوبيخٌ وأهوالٌ عظامُ

ومن ثم فإن الإسلام يشمل فى طياته ما يعرف بالتأمين الأخروى، وأن الإنسان فى أشد الحاجة إلى هذا التأمين، فالتأمين الأخروى يؤمنه - بشرط الإيمان والعمل الصالح - من خطر النفخ فى الصور وما يترتب عليه من الفزع والخوف، وخطر يوم القيامة وما فيه من أهوال وشدة، وما يترتب عليه من جزاء وخطر النار وفظائعها . . . إلخ.

خامسا - التأمين الدنيوى:

التأمين الدنيوى هو: أن يعيش الإنسان حياته الدنيوية آمنًا مطمئنًا على نفسه وماله

(١) انظر: أحكام القرآن للقرطبى ١٤/ ٣٠٦، وتفسير القرآن العظيم لابن كثير ٣/ ٥٤١ .

(٢) انظر تفسير القرآن العظيم ٤/ ١٤٦ .

ولده، وهذا التأمين لا ينفصل عن الأنواع التى سبقت، بل إنه قائم بها وعليها، فالتأمين الدنيوى فى الإسلام قاعدته وأساسه التأمين الإيمانى والتأمين من خلال الدعاء والعمل الصالح، لكنه فى الوقت نفسه يعتمد على الأسباب ومدى أخذ الإنسان بها، قال تعالى مخاطبا عباده وآمرا لهم: ﴿هُوَ ٱلَّذِى جَعَلَ لَكُمُ ٱلْأَرْضَ ذَلُولًا فَٱمْشُوا۟ فِى مَنَاكِبِهَا وَكُلُوا۟ مِن رِّزْقِهِۦ ۖ وَإِلَيْهِ ٱلنُّشُورُ﴾ [الملك: ١٥].

ففى الآية دعوة إلى الأخذ بأسباب الرزق، والسفر فى أقطارها والتردد فى أقاليمها وأرجائها فى أنواع التجارات والمكاسب. ولكن يجب أن يعلم المرء أن سعيه لن يجدى عليه شيئا إلا إذا يسره الله له . . . والسعى فى السبب لا ينافى التوكل[١]؛ ولذلك جاء فى الحديث عن عمر بن الخطاب قال: سمعت رسول الله ﷺ يقول: «لَوْ أَنَّكُمْ تَتَوَكَّلُونَ عَلَى اللهِ حقَّ تَوَكُّلِهِ لَرَزَقَكُمْ كَمَا يَرْزُقُ الطَّيرَ تَغْدُو خِمَاصًا وَتَرُوحُ بِطَانًا»[٢]. فأثبت الرسول ﷺ للطير رواحًا وغدوًّا لطلب الرزق مع توكلها على الله - عز وجل - وهو المسخر المسير المسبب.

وهناك عدة أنواع من التأمين الدنيوى نص عليها القرآن وأوردتها السنة المطهرة، نذكر أبرزها فيما يأتى:

١ - التأمين من الخوف والفقر:

قال الله تعالى: ﴿لِإِيلَـٰفِ قُرَيْشٍ إِۦلَـٰفِهِمْ رِحْلَةَ ٱلشِّتَآءِ وَٱلصَّيْفِ فَلْيَعْبُدُوا۟ رَبَّ هَـٰذَا ٱلْبَيْتِ ٱلَّذِىٓ أَطْعَمَهُم مِّن جُوعٍ وَءَامَنَهُم مِّنْ خَوْفٍۭ﴾ [قريش: ١-٤].

ومعنى التأمين فى السورة تأمين رحلتى الشتاء والصيف وتأمين التجارة من الإغارة والسلب وتأمين الرزق وتأمينهم من الفقر والجوع وتأمينهم من خوف الضرر والأذى وخوف التعدى عليهم وتطاول الأيدى إلى أموالهم وأرواحهم.

---

(١) انظر: تفسير القرآن العظيم لابن كثير ٤/ ٣٩٧.

(٢) أخرجه أحمد (١/ ٣٠، ٥٢)، وعبد بن حميد (١٠)، وابن المبارك فى الزهد (٥٥٩)، والطيالسى (٥١)، (١٣٩)، والترمذى (٤/ ١٦٦) أبواب الرؤيا، باب فى التوكل على الله (٢٣٤٤)، وابن ماجه (٥/ ٥٩٠)، كتاب: الزهد، باب: التوكل واليقين (٤١٦٤)، وأبو يعلى (٢٤٧)، وابن حبان (٧٣٠)، والحاكم (٤/ ٣١٨)، وأبو نعيم فى الحلية (١٠/ ٦٩)، والشهاب القضاعى (١٤٤٤) و (١٤٤٥)، وانظر السلسلة الصحيحة للعلامة الألبانى رحمه الله (٣١٠).

٢ - تأمين الطريق:

قال الله تعالى: ﴿وَجَعَلْنَا بَيْنَهُمْ وَبَيْنَ ٱلْقُرَى ٱلَّتِى بَٰرَكْنَا فِيهَا قُرًى ظَٰهِرَةً وَقَدَّرْنَا فِيهَا ٱلسَّيْرَ سِيرُوا۟ فِيهَا لَيَالِىَ وَأَيَّامًا ءَامِنِينَ﴾ [سبأ: ١٨]

ومعنى الأمن فى الآية أمن الطريق وتأمينه بكل ما يحتاجه المسافر من مأكل ومشرب ومكان للراحة وتأمينه من الخوف، بحيث يأمن المسافر على نفسه ومتاعه وماله وتجارته أيًا كانت مدة السفر وأيًّا كانت الأموال والأمتعة، والأمن حاصل فى السير ليلًا ونهارًا.

٣ - التأمين من الخوف ومن عذاب الله فى الدنيا:

قال الله تعالى: ﴿وَعَدَ ٱللَّهُ ٱلَّذِينَ ءَامَنُوا۟ مِنكُمْ وَعَمِلُوا۟ ٱلصَّٰلِحَٰتِ لَيَسْتَخْلِفَنَّهُمْ فِى ٱلْأَرْضِ كَمَا ٱسْتَخْلَفَ ٱلَّذِينَ مِن قَبْلِهِمْ وَلَيُمَكِّنَنَّ لَهُمْ دِينَهُمُ ٱلَّذِى ٱرْتَضَىٰ لَهُمْ وَلَيُبَدِّلَنَّهُم مِّنۢ بَعْدِ خَوْفِهِمْ أَمْنًا﴾ [النور: ٥٥]

٤ - التأمين من الغم والحزن:

قال الله تعالى: ﴿ثُمَّ أَنزَلَ عَلَيْكُم مِّنۢ بَعْدِ ٱلْغَمِّ أَمَنَةً نُّعَاسًا﴾ [آل عمران: ١٥٤]، وقال تعالى: ﴿إِذْ يُغَشِّيكُمُ ٱلنُّعَاسَ أَمَنَةً مِّنْهُ﴾ [الأنفال: ١١].

٥ - التأمين عند خوف العدو:

قال تعالى: ﴿فَإِنْ خِفْتُمْ فَرِجَالًا أَوْ رُكْبَانًا فَإِذَآ أَمِنتُمْ فَٱذْكُرُوا۟ ٱللَّهَ كَمَا عَلَّمَكُم مَّا لَمْ تَكُونُوا۟ تَعْلَمُونَ﴾ [البقرة: ٢٣٩] ومعنى الأمن فى الآية: أمنتم من الخوف من عدو أو سيل أو سبع[١] ، وقيل: أى خطر؛ لأن حال الخوف يكون على النفس أو العرض أو المال.

٦ - تأمين أخبار الحرب:

قال الله تعالى: ﴿وَإِذَا جَآءَهُمْ أَمْرٌ مِّنَ ٱلْأَمْنِ أَوِ ٱلْخَوْفِ أَذَاعُوا۟ بِهِۦ﴾ [النساء: ٨٣].

وتفيد الآية تأمين أخبار الحرب والأخبار العامة للأمة الإسلامية وعدم إفشائها، فقد نزلت فى جماعة من المنافقين أو ضعفاء المؤمنين كانوا يفعلون ذلك فتضعف قلوب المؤمنين ويتأذى النبى ﷺ[٢] .

---

(١) انظر تفسير الجلالين (مكتبة دار التراث، القاهرة) ص٣٧ .

(٢) انظر تفسير الجلالين ص٨٠ .

٧ - تأمين الحماية والأمان:

وقد نزلت فى هذا الشأن آيات كثيرة، منها: قوله تعالى: ﴿وَإِنْ أَحَدٌ مِّنَ ٱلْمُشْرِكِينَ ٱسْتَجَارَكَ فَأَجِرْهُ حَتَّىٰ يَسْمَعَ كَلَـٰمَ ٱللَّهِ ثُمَّ أَبْلِغْهُ مَأْمَنَهُۥ﴾ [التوبة: ٦].

ومعنى الآية: أنه إذا استجار بك يا محمد أحد من المشركين الذين أمرتك بقتالهم وأحللت لك استباحة نفوسهم وأموالهم، فأجره وأمنه، وأسمعه كلام الله لتقيم عليه الحجة، ﴿ثُمَّ أَبْلِغْهُ مَأْمَنَهُۥ﴾ أى: وهو آمن مستمر الأمان حتى يرجع إلى بلاده وداره ومأمنه[١].

ومنها أيضا قوله تعالى: ﴿فَلَمَّا دَخَلُوا۟ عَلَىٰ يُوسُفَ ءَاوَىٰٓ إِلَيْهِ أَبَوَيْهِ وَقَالَ ٱدْخُلُوا۟ مِصْرَ إِن شَآءَ ٱللَّهُ ءَامِنِينَ﴾ [يوسف: ٩٩].

والتأمين هنا مقصود به الأمن على أنفسهم وأموالهم وأهليهم، وكانوا من قبل يخافون ملك مصر، وقيل: الأمن من القحط والشدة، وقيل: آمنين من كل مكروه[٢].

٨ - التأمين بمعنى السلام والتحية:

قال الله تعالى: ﴿يَـٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُوٓا۟ إِذَا ضَرَبْتُمْ فِى سَبِيلِ ٱللَّهِ فَتَبَيَّنُوا۟ وَلَا تَقُولُوا۟ لِمَنْ أَلْقَىٰٓ إِلَيْكُمُ ٱلسَّلَـٰمَ لَسْتَ مُؤْمِنًا﴾ [النساء: ٩٤].

ومعنى الأمن فى الآية: أن السلام علامة على الأمن والاستئمان، وقد نزلت فى نفر من أصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم مر بهم رجل من سليم يرعى غنمًا له، فسلم عليهم، فقالوا: لا يسلم علينا إلا ليتعوذ منا، فعمدوا إليه فقتلوه، وأتوا بغنمه النبى ﷺ، فنزلت هذه الآية فيهم[٣].

---

(١) انظر: تفسير القرآن العظيم لابن كثير ٢/ ٣٣٧، وتفسير الجلالين ص١٥١ .

(٢) انظر: أحكام القرآن للقرطبى ٩/ ٢٦٣، وصفوة التفاسير ٢/ ٦٨ .

(٣) أخرجه أحمد (١/ ٢٢٩، ٢٧٢، ٣٢٤)، وابن جرير فى تفسيره (٤/ ٢٢٥) (١٠٢٢٢) و (١٠٢٢٣)، والترمذى (٥/ ١٢٣) أبواب التفسير باب: ومن سورة النساء (٣٠٣٠)، وابن حبان (٤٧٥٢)، والطبرانى فى الكبير (١١٧٣١)، والحاكم (٢/ ٢٣٥)، والبيهقى (٩/ ١١٥)، والواحدى فى أسباب النزول ص (١١٥)، من طريق عكرمة عن ابن عباس، وأخرجه البخارى (٩/ ١٣٤) كتاب: التفسير، باب (١٧) (٤٥٩١)، ومسلم (٤/ ٢٣١٩) كتاب: التفسير (٢٢/ ٣٠٢٥)، وأبو داود (٢/ ٤٢٧) كتاب: الحروف والقراءات (٣٩٧٤)، وابن جرير فى تفسيره (١٠٢١٩) و (١٠٢٢٠) و (١٠٢٢١)، والبيهقى (٩/ ١١٥)، والواحدى فى تفسيره ص (١١٥) من طريق عطاء عن ابن عباس بنحوه .

يتضح لنا من كل ما سبق أن مادة «أمن» بمعنى التأمين فى كتاب الإسلام (القرآن الكريم) تتسع لتشمل الحياة الدنيا والحياة الآخرة، فهى من الشمول والعموم بحيث تعبر عن «ضمان الحياة الطيبة للمسلم ووقايته من الأذى وسلامته من الضرر فى الحياة الدنيا وضمان خلوده فى الجنة والتمتع بنعيمها ووقايته من عذاب النار ومن الخوف والفزع فى الآخرة، وذلك بالوسائل والأسباب التى شرعها الله تعالى لعباده»[1] .

وبهذا يمكننا تعريف التأمين الإسلامى بأنه: «تحصيل المصالح الأخروية والدنيوية ودرء الأضرار وتوقيها وجبرها عند حدوثها بالوسائل والأسباب المشروعة».

وقدمنا المصالح الأخروية على المصالح الدنيوية؛ لأن الآخرة هى غاية المسلم فالآخرة خير وأبقى، والحياة الدنيا موصلة للآخرة وطريق إليها، ومع ذلك فالمصالح الدنيوية مطلوبة لاستمرار الحياة على الأرض، فبتحقيقها يعيش الإنسان مطمئنًا سعيدًا هانئًا قادرًا على العلم والعبادة والإصلاح فى الأرض، وبغيرها تفسد الحياة. كما أن درء الأضرار وتوقيها وجبرها عند وقوعها هى الوسائل والأسباب التى يصل من خلالها الإنسان إلى تحقيق المصالح.

وتحقيق المصالح الأخروية والدنيوية ودرء المفاسد هو مطلوب الله الحكيم العليم الخالق؛ حيث يقول جل وعلا: ﴿وَابْتَغِ فِيمَا آتَاكَ اللَّهُ الدَّارَ الْآخِرَةَ ۖ وَلَا تَنسَ نَصِيبَكَ مِنَ الدُّنْيَا ۖ وَأَحْسِن كَمَا أَحْسَنَ اللَّهُ إِلَيْكَ ۖ وَلَا تَبْغِ الْفَسَادَ فِي الْأَرْضِ ۖ إِنَّ اللَّهَ لَا يُحِبُّ الْمُفْسِدِينَ﴾ [القصص: ٧٧].

ففى هذه الآية يتمثل اعتدال المنهج الإلهى القويم، المنهج الذى يؤمن مصالح الآخرة بتعليق القلوب بها ولا يجور على مصالح الدنيا، بل يحض على تحقيقها مع مراعاة الإحسان وعدم البغى والإفساد عند طلبها وعند تصريفها، وهكذا يحقق هذا المنهج التعادل والتناسق فى حياة الإنسان، ويمكنه من الأمن والطمأنينة فى الدنيا والآخرة عن طريق الارتقاء الروحى الدائم ومن خلال حياته الطبيعية المتعادلة التى لا حرمان فيها ولا إهدار لمقومات الحياة الفطرية البسيطة ولا بغى ولا فساد[2] .

---

(١) انظر نظرية التأمين التعاونى للدكتور رجب عبد التواب ص٢٢٩ .

(٢) انظر فى ظلال القرآن للأستاذ سيد قطب (دار الشروق، ط١٣، ١٤٠٧هـ - ١٩٨٧م) ٥/ ٢٧١١ .

المبحث الثانى

التأمين الإسلامى ومصالح الإنسان

عرفنا من خلال دراستنا للتأمين الوضعى أن الإنسان يلجأ إلى التأمين ليدفع عن نفسه أخطارًا مستقبلة، هذه الأخطار تتعلق بنفسه أو ماله أو عرضه، فإذا تحقق له دفع الأخطار المؤمن منها يكون بذلك قد حقق مصالحه، وهى مصالح دنيوية فى غالبها يتحرى المؤمَّن له دفع الأخطار عنها (درء المفاسد).

ولَمَّا درسنا فى المبحث السابق معنى التأمين الإسلامى وجدناه أعم وأشمل من أن يحقق المصالح الدنيوية فقط بل امتد ليشمل تحقيق المصالح الأخروية ودرء المفاسد عنها.

وجدير بنا فى هذا المبحث أن نفصل القول فى المصالح من وجهة نظر الشريعة الإسلامية، وكيف أمَّنها الشارع الحكيم للإنسان؛ لنعرف عظمة هذا الدين السمح الذى ما ترك شاردة ولا واردة تخدم الإنسان وتقيم اعوجاجه وتؤمن مصالحه إلا بينها ووضحها للناظرين، وكيف لا وهذا الدين هو منهج الله الذى اختاره لعباده ﴿وَمَن يَبْتَغِ غَيْرَ ٱلْإِسْلَٰمِ دِينًا فَلَن يُقْبَلَ مِنْهُ وَهُوَ فِى ٱلْءَاخِرَةِ مِنَ ٱلْخَٰسِرِينَ﴾ [آل عمران: ٨٥]، اختاره وهو العالم سبحانه بما يصلح هؤلاء العباد وما يفسدهم، فهو الذى خلقهم، وليس هناك من هو أعلم بالصنعة أكثر من صانعها ﴿أَلَا يَعْلَمُ مَنْ خَلَقَ وَهُوَ ٱللَّطِيفُ ٱلْخَبِيرُ﴾ [الملك: ١٤].

والشريعة الإسلامية كلها مبنية على جلب المصالح ودرء المفاسد، ويقسم علماء الأصول المصالح إلى مصالح أخروية ومصالح دنيوية، ويقابلونها بالمفاسد، كما يقسمونها إلى مصالح ضرورية[(١)] ، ومصالح حاجية[(٢)] ، ومصالح تحسينية[(٣)] .

---

(١) المصالح الضرورية: هى المصالح التى لا تقوم حياة الناس بدونها، فلا بد منها لاستقامة مصالحهم الدِّينية والدنيوية؛ بحيث إذا فقدت اختل نظام الحياة، ولم تسر مصالح الدنيا على استقامة بل تفسد، ويعم فيها الفوضى وتفوت الحياة والنجاة والنعيم فى الآخرة .

(٢) المصالح الحاجية: هى التى يحتاجها الناس للتيسير والتوسعة ورفع الضيق المؤدى فى الغالب إلى الحرج والمشقة، فإذا لم تراع هذه المصالح لحق المكلفين حرج ومشقة، لكن ذلك لا يبلغ مبلغ الفساد المتوقع فى حالة فوات المصالح الضرورية، فهى تدور على التوسعة والرفق ورفع الحرج .

(٣) المصالح التحسينية: هى التى يكون الأخذ بها من محاسن العادات ومكارم الأخلاق، وكل =

والمصالح الضرورية خمسة وهى:

الدين، والنفس، والعقل، والنسل، والمال.

وسنفصل القول فى كل عنصر من العناصر السابقة؛ لنرى كيف أمَّنها الإسلام أو كيف حفظها بتعبير علماء الأصول؟ ونفضل استخدام المصطلح الشرعى (الحفظ)؛ لأنه أعمق دلالة وأكثر تخصيصًا.

أولا - حفظ الدين (التأمين على الدين):

حفظ الدين يكون بحمايته والدفاع عنه وتنفيذ أحكامه، والعمل بما جاء به لتتحقق الغاية الأساسية من خلق الإنسان، وهى عبادة الله وحده لا شريك له وإخلاصها له، قال تعالى: ﴿وَمَا خَلَقْتُ الْجِنَّ وَالْإِنسَ إِلَّا لِيَعْبُدُونِ مَا أُرِيدُ مِنْهُم مِّن رِّزْقٍ وَمَا أُرِيدُ أَن يُطْعِمُونِ﴾ [الذاريات: ٥٦، ٥٧]، وقال جل وعلا: ﴿وَمَا أُمِرُوا إِلَّا لِيَعْبُدُوا اللَّهَ مُخْلِصِينَ لَهُ الدِّينَ حُنَفَاءَ وَيُقِيمُوا الصَّلَاةَ وَيُؤْتُوا الزَّكَاةَ وَذَٰلِكَ دِينُ الْقَيِّمَةِ﴾ [البينة: ٥].

فإذا تحققت العبادة الخالصة لله - عز وجل - فقد أقيم الدين، وهذا الدين هو دين الإسلام الذى اصطفاه الله، وجعله الدين عنده، وما سواه فهباء، قال الله تعالى: ﴿إِنَّ الدِّينَ عِندَ اللَّهِ الْإِسْلَامُ ۗ وَمَا اخْتَلَفَ الَّذِينَ أُوتُوا الْكِتَابَ إِلَّا مِن بَعْدِ مَا جَاءَهُمُ الْعِلْمُ بَغْيًا بَيْنَهُمْ ۗ وَمَن يَكْفُرْ بِآيَاتِ اللَّهِ فَإِنَّ اللَّهَ سَرِيعُ الْحِسَابِ﴾ [آل عمران: ١٩]، واختاره سبحانه لعباده، فمن حاد عنه خسر خسرانًا مبينًا، قال الله تعالى: ﴿وَمَن يَبْتَغِ غَيْرَ الْإِسْلَامِ دِينًا فَلَن يُقْبَلَ مِنْهُ وَهُوَ فِي الْآخِرَةِ مِنَ الْخَاسِرِينَ﴾ [آل عمران: ٨٥].

ولكى يبقى الدين محفوظًا مما يفسده فلا بد من أمور نص عليها الإسلام، أهمها:

١ - سلامة الإيمان:

وقد جاء القرآن الكريم والسنة المطهرة الصحيحة ببيان واضح صافٍ نقى للعقائد الإيمانية، فبينا أصول العقيدة الصحيحة الستة: الإيمان بالله وملائكته وكتبه ورسله واليوم الآخر والقضاء والقدر، فقال الله - تعالى - فى كتابه: ﴿ءَامَنَ الرَّسُولُ بِمَا أُنزِلَ

= ما يقصد به سير الناس فى حياتهم على أفضل الطرق وخير المنهاج.

راجع فى هامش (١)، (٢)، (٣) الموافقات لأبى إسحاق إبراهيم الغرناطى المالكى، شرح عبد الله دراز (المكتبة التجارية، مصر) ٢/٨ - ١٠.

إِلَيۡهِ مِن رَّبِّهِۦ وَٱلۡمُؤۡمِنُونَۚ كُلٌّ ءَامَنَ بِٱللَّهِ وَمَلَٰٓئِكَتِهِۦ وَكُتُبِهِۦ وَرُسُلِهِۦ لَا نُفَرِّقُ بَيۡنَ أَحَدٖ مِّن رُّسُلِهِۦۚ﴾ [البقرة: ٢٨٥].

وفى حديث جبريل عندما سأل رسول الله ﷺ عن الإيمان، فقال رسول الله ﷺ: «الإِيمَانُ أَنْ تُؤْمِنَ بِاللهِ وَمَلَائِكَتِهِ وَكُتُبِهِ وَرُسُلِهِ وَالْيَوْمِ الآخِرِ وَتُؤْمِنَ بِالْقَدَرِ خَيْرِهِ وَشَرِهِ»[1] وفصل القرآن والسنة الحديث عن هذه الأركان، وأولاها وأعظمها الركن الأول: الإيمان بالله، فلا بد أن يكون الإيمان به صافيًا نقيًا، ولا بد أن يعلم العبد - لكى يكون مؤمنًا - أن الله واحد أحد فرد صمد لم يلد ولم يولد ولم يكن له كفوًا أحد، وأنه سبحانه ﴿لَيۡسَ كَمِثۡلِهِۦ شَيۡءٞۖ وَهُوَ ٱلسَّمِيعُ ٱلۡبَصِيرُ﴾ [الشورى: ١١] ليس كمثله شىء فى ذاته، ليس كمثله شىء فى أفعاله، ليس كمثله شىء فى أسمائه وصفاته، كما يجب أن يؤمن العبد بأن الله رب كل شىء ومليكه، وأنه مصرف للأمور، وأنه المعبود بحق ولا معبود سواه.

ويجب أن يؤمن العباد - لكى يكونوا مؤمنين - بالملائكة، وأنهم عباد خلقهم الله، لهم صفة نورانية، وأنهم لا يعصون الله ما أمرهم ويفعلون ما يؤمرون، ويؤمن العباد كذلك بمن ذكره الله فى قرآنه منهم على وجه التفصيل كجبريل وميكائيل ومن ذكرهم على وجه الإجمال كحملة العرش ومن حولهم، ويؤمن بأن الله سخرهم لعبادته وإطاعة أوامره فى الشئون المطلوبة منهم.

ويستلزم الإيمان كذلك التصديق برسل الله وأنبيائه من أول آدم حتى خاتمهم عليه

---

(١) هو جزء من حديث طويل عن عمر بن الخطاب: أخرجه مسلم (١/ ٣٦ - ٣٨) كتاب: الإيمان، باب: بيان الإيمان والإسلام (١/ ٨)، وأحمد (١/ ٢٨، ٥١، ٥٢)، وأبو داود (٢/ ٦٣٥ - ٦٣٦) كتاب: السنة، باب: فى القدر (٤٦٩٥)، والترمذى (٤/ ٣٥٥ - ٣٥٧) أبواب الإيمان، باب: ما جاء فى وصف جبريل للنبى ﷺ الإيمان والإسلام (٢٦١٠)، والنسائى (٨/ ٩٧) كتاب: الإيمان، باب: نعت الإسلام، وابن خزيمة فى صحيحه (٢٥٠٤) من طريق كهمس بن الحسن، وأخرجه البخارى فى خلق أفعال العباد (٢٦)، ومسلم (٢/ ٨) من طريق مطر الوراق، كلاهما (كهمس ومطر) عن عبد الله بن بريدة عن يحيى بن يَعْمَرَ عن ابن عمر، عنه به. وأخرجه مسلم (٤/ ٨)، وابن خزيمة (١، ٣٠٦٥) من طريق المعتمر بن سليمان عن أبيه عن يحيى بن يعمر عن ابن عمر، عنه به. وأخرجه مسلم (٣/ ٨)، وأحمد (١/ ٢٧)، وأبو داود (٤٦٩٦) من طريق عبد الله بن بريدة عن يحيى بن يعمر وحميد بن عبد الرحمن عن ابن عمر، عنه به. وأخرجه أبو داود (٤٦٩٧) من طريق سليمان بن بريدة عن ابن يعمر بهذا الحديث .

الصلاة والسلام: محمد بن عبد الله، ويومن بأن ما جاءوا به هو الإسلام من لدن آدم إلى محمد عليه السلام، قال الله تعالى: ﴿شَرَعَ لَكُم مِّنَ الدِّينِ مَا وَصَّىٰ بِهِۦ نُوحًا وَالَّذِىٓ أَوْحَيْنَآ إِلَيْكَ وَمَا وَصَّيْنَا بِهِۦٓ إِبْرَٰهِيمَ وَمُوسَىٰ وَعِيسَىٰٓ أَنْ أَقِيمُوا الدِّينَ وَلَا تَتَفَرَّقُوا فِيهِۚ كَبُرَ عَلَى الْمُشْرِكِينَ مَا تَدْعُوهُمْ إِلَيْهِۚ اللَّهُ يَجْتَبِىٓ إِلَيْهِ مَن يَشَآءُ وَيَهْدِىٓ إِلَيْهِ مَن يُنِيبُ﴾ [الشورى: ١٣]، ويؤمن العباد بمن جاء منهم مفصلا فى القرآن الكريم كآدم ونوح وإبراهيم وهود وصالح وشعيب وموسى وعيسى عليهم السلام، ويؤمن بمن جاء منهم مجملا؛ لأن الله قال فى كتابه العزيز: ﴿وَرُسُلًا قَدْ قَصَصْنَٰهُمْ عَلَيْكَ مِن قَبْلُ وَرُسُلًا لَّمْ نَقْصُصْهُمْ عَلَيْكَۚ﴾ [النساء: ١٦٤].

ويستوجب الإيمان كذلك الاعتقاد بأن الله أنزل كتبًا كالتوراة والإنجيل والزبور والقرآن، وصحفا كصحف إبراهيم وموسى، وأن القرآن الكريم هو آخر الكتب السماوية المصدق بما فيها والمهيمن عليها، قال الله تعالى: ﴿وَأَنزَلْنَآ إِلَيْكَ الْكِتَٰبَ بِالْحَقِّ مُصَدِّقًا لِّمَا بَيْنَ يَدَيْهِ مِنَ الْكِتَٰبِ وَمُهَيْمِنًا عَلَيْهِۖ﴾ [المائدة: ٤٨] أى: وأنزلنا إليك - يا محمد - القرآن الكريم مصدقا لما سبقه من كتب مقدسة، ومهيمنا عليها، أى: أنه صاحب هيمنة ورقابة بحيث يكون ما فيه هو الفيصل، إذا كان فى التوراة والإنجيل ما يخالف ما فيه[١].

ويدعونا الإيمان إلى الإقرار بوجود يوم آخر، يحاسب فيه الناس على ما قدمت أيديهم فى الدنيا، وذلك بعد بعثهم من قبورهم ليقفوا أمام الله فى يوم القيامة، قال الله تعالى: ﴿وَنُفِخَ فِى الصُّورِ فَإِذَا هُم مِّنَ الْأَجْدَاثِ إِلَىٰ رَبِّهِمْ يَنسِلُونَ قَالُوا يَٰوَيْلَنَا مَنۢ بَعَثَنَا مِن مَّرْقَدِنَاۜۗ هَٰذَا مَا وَعَدَ الرَّحْمَٰنُ وَصَدَقَ الْمُرْسَلُونَ إِن كَانَتْ إِلَّا صَيْحَةً وَٰحِدَةً فَإِذَا هُمْ جَمِيعٌ لَّدَيْنَا مُحْضَرُونَ فَالْيَوْمَ لَا تُظْلَمُ نَفْسٌ شَيْـًٔا وَلَا تُجْزَوْنَ إِلَّا مَا كُنتُمْ تَعْمَلُونَ﴾ [يس: ٥١ - ٥٤].

والإيمان يستوجب من العبد الرضا بالقضاء والقدر، وأن هذا لا يتنافى مع الأخذ بالأسباب؛ لأن العبد غير مجبور على أفعاله وأقواله، وأنها ليست بمنزلة حركات المرتعش وحركات الأشجار بالرياح وغيرها، وليست مخلوقة للعبد، بل هى فعل

---

(١) انظر: الإسلام كما ينبغى أن نعرفه، للدكتور محمد شامة (أبوللو للنشر والتوزيع، ط٢، ١٤٠٧هـ - ١٩٨٧م) ص١٠٣ .

العبد وكسبه وخلقُ الله تعالى»[١] .

والإيمان الصادق والاعتقاد الصحيح بهذه الأصول وبغيرها من فرائض الإيمان يزكى النفس ويملؤها خشية لله، وخوفًا من عقابه وعذابه؛ ولذلك حرص الإسلام فى منهجه على عرض أصول الإيمان وفروعه فى نصاعة بيان ووضوح حجة، كما عمل على حفظها (تأمينها) من أى تحريف أو تزييف أو تضليل.

كما نهى عن الشرك بأنواعه كافة: الظاهر منها والخفى، وتوعد مرتكبه بعقاب شديد، قال الله تعالى: ﴿إِنَّ ٱللَّهَ لَا يَغْفِرُ أَن يُشْرَكَ بِهِۦ وَيَغْفِرُ مَا دُونَ ذَٰلِكَ لِمَن يَشَآءُ وَمَن يُشْرِكْ بِٱللَّهِ فَقَدِ ٱفْتَرَىٰٓ إِثْمًا عَظِيمًا﴾ [النساء: ٤٨]، وقال: ﴿إِنَّهُۥ مَن يُشْرِكْ بِٱللَّهِ فَقَدْ حَرَّمَ ٱللَّهُ عَلَيْهِ ٱلْجَنَّةَ وَمَأْوَىٰهُ ٱلنَّارُ وَمَا لِلظَّٰلِمِينَ مِنْ أَنصَارٍ﴾ [المائدة: ٧٢]، وقال: ﴿وَمَن يُشْرِكْ بِٱللَّهِ فَكَأَنَّمَا خَرَّ مِنَ ٱلسَّمَآءِ فَتَخْطَفُهُ ٱلطَّيْرُ أَوْ تَهْوِى بِهِ ٱلرِّيحُ فِى مَكَانٍ سَحِيقٍ﴾ [الحج: ٣١].

٢ - النهى عن الابتداع فى الدين:

نهى الإسلام كذلك عن الابتداع فى الدين محافظة عليه؛ لأن الله أكمل هذا الدين وأتمه قبل موت النبى ﷺ، فلا يجوز لأحد مهما كان أن يزيد فيه ما ليس منه أو ينقص منه ما هو فيه، قال الله تعالى: ﴿ٱلْيَوْمَ أَكْمَلْتُ لَكُمْ دِينَكُمْ وَأَتْمَمْتُ عَلَيْكُمْ نِعْمَتِى وَرَضِيتُ لَكُمُ ٱلْإِسْلَٰمَ دِينًا﴾ [المائدة: ٣].

وقال النبى ﷺ منبها إلى خطورة الابتداع فى الدين: «مَنْ أَحْدَثَ فِى أَمْرِنَا هَذَا مَا لَيْسَ مِنْهُ فَهُوَ رَدٌّ»[٢] . وفى رواية: «مَنْ عَمِلَ عَمَلًا لَيْسَ عَلَيْهِ أَمْرُنَا فَهُوَ رَدٌّ»[٣] .

---

(١) شرح الطحاوية فى العقيدة السلفية لقاضى القضاة صدر الدين على بن على بن محمد بن أبى العز الحنفى، تحقيق أحمد محمد شاكر (مكتبة دار التراث، القاهرة) ص٤٤٩ .

(٢) أخرجه البخارى (٥/ ٣٥٥) كتاب: الصلح، باب: إذا اصطلحوا على صلح جور فالصلح مردود، حديث (٢٦٩٧)، ومسلم (٣/ ١٣٤٤) كتاب: الأقضية، باب: نقض الأحكام الباطلة ورد محدثات الأمور، حديث (١٧/ ١٧١٨)، وأبو داود (٢/ ٦١١) كتاب: السنة، باب: فى لزوم السنة (٤٦٠٦)، وابن ماجه (١/ ٧) المقدمة، باب: تعظيم حديث رسول الله ﷺ والتغليظ على من عارضه، حديث (١٤)، وأحمد (٦/ ٢٧٠)، والطيالسى (١٤٢٢)، والدارقطنى (٤/ ٢٢٤) كتاب: فى الأقضية والأحكام، حديث (٧٨)، وابن الجارود، حديث (١٠٠٢)، وأبو يعلى (٨/ ٧٠) رقم (٤٥٩٤)، وابن حبان (٢٦، ٢٧ - الإحسان)، والبيهقى (١٠/ ١١٩)، والبغوى فى شرح السنة (١/ ١٨٤)، والقضاعى فى مسند الشهاب (٣٥٩، ٣٦٠، ٣٦١) من طريق إبراهيم بن سعد عن أبيه عن القاسم بن محمد عن عائشة =

والحديث لا ينافى الاجتهاد؛ لأن الاجتهاد فيما ليس فيه نص من القرآن أو السنة أمر ضرورى، يقوم به المجتهد، كما أن الاجتهاد والابتداع فى أمور الدنيا بما تصلح به الحياة أمر يدعو إليه الشارع، فقد قال ﷺ: «أَنْتُمْ أَعْلَمُ بِأُمُورِ دُنْيَاكُمْ»(١) .

٣ - العمل بأحكام الشريعة الإسلامية:

فقد أمر الله ورسوله ﷺ بالعمل بأحكام الشريعة الإسلامية فى مجال شعائر العبادات: الصلاة والصوم والزكاة والحج والنذر وغير ذلك، وفى مجال المعاملات من بيع وشراء وإجارة وأمانة. . . وهكذا، وفى مجال الفضائل والأخلاق فقد دعا

= قالت: قال رسول الله ﷺ: «من أحدث فى أمرنا هذا ما ليس فيه فهو رد» لفظ البخارى .
قال البخارى: رواه عبد الله بن جعفر المخرمى وعبد الواحد بن أبى عون عن سعد بن إبراهيم. ا هـ .
قلت: أما متابعة عبد الله بن جعفر:
فأخرجها مسلم (٣/ ١٣٤٤) كتاب: الأقضية، باب: نقض الأحكام الباطلة ورد محدثات الأمور، حديث (١٨/ ١٧١٨)، وأبو داود (٢/ ٦١١) كتاب: السنة، باب: فى لزوم السنة، حديث (٤٦٠٦)، وأحمد (٦/ ٧٣)، والدارقطنى (٤/ ٢٢٧) كتاب: الأقضية والأحكام، حديث (٨١)، وابن أبى عاصم فى السنة (١/ ٢٨) رقم (٥٢) من طريق عبد الله بن جعفر: ثنا سعد بن إبراهيم عن القاسم بن محمد عن عائشة، به .
أما متابعة عبد الواحد بن أبى عون عن سعد:
فأخرجها ابن أبى عاصم فى السنة (١/ ٢٨) رقم (٥٣)، والدارقطنى (٤/ ٢٢٧) كتاب: الأقضية والأحكام، حديث (٨٠) من طريق عبد الواحد بن أبى عون عن سعد بن إبراهيم عن القاسم بن محمد عن عائشة، به .
قلت: وقد تابعه زفر بن عقيل الفهرى:
أخرجه الدارقطنى (٤/ ٢٢٧) رقم (٨٢) من طريق عبد العزيز بن محمد: ثنا زفر بن عقيل الفهرى عن القاسم بن محمد عن عائشة، به .

(٣) تقدم .

(١) هو جزء من حديث عن عائشة وأنس: أخرجه مسلم (٤/ ١٨٣٦) كتاب الفضائل، باب امتثال ما قاله شرعًا (١٤١/ ٢٣٦٣)، وأحمد (٦/ ١٢٣)، وابن ماجه (٤/ ١٠٧ - ١٠٨) كتاب: الرهون، باب: تلقيح النخل (٢٤٧١)، وأبو يعلى (٣٤٨٠) و (٣٥٣١)، وابن حبان (٢٢)، وفى الباب عن طلحة بن عبيد الله ورافع بن خديج .
- حديث طلحة بن عبيد الله:
أخرجه مسلم (١٣٩/ ٢٣٦١)، وأحمد (١/ ١٦٢، ١٦٣)، والطيالسى (٢٣٠)، وعبد ابن حميد (١٠٢)، وابن ماجه (٢٤٧٠)، وأبو يعلى (٦٣٩)، والبزار (٩٣٧)، (٩٣٨) .
حديث رافع بن خديج:
أخرجه مسلم (١٤٠/ ٢٣٦٢) .

الإسلام إلى: الصدق والحلم والعفة والشجاعة والصبر . . . إلخ.

بل إن الإسلام حذر من التهاون فى تنفيذ أحكام الشريعة فى جميع المجالات، وتوعد المخالف بالعقوبة الشديدة، قال الله تعالى: ﴿وَمَنْ أَعْرَضَ عَن ذِكْرِى فَإِنَّ لَهُۥ مَعِيشَةً ضَنكًا وَنَحْشُرُهُۥ يَوْمَ ٱلْقِيَٰمَةِ أَعْمَىٰ قَالَ رَبِّ لِمَ حَشَرْتَنِىٓ أَعْمَىٰ وَقَدْ كُنتُ بَصِيرًا قَالَ كَذَٰلِكَ أَتَتْكَ ءَايَٰتُنَا فَنَسِيتَهَا ۖ وَكَذَٰلِكَ ٱلْيَوْمَ تُنسَىٰ﴾ [طه: ١٢٤ - ١٢٦].

﴿وَمَنْ أَعْرَضَ عَن ذِكْرِى﴾ أى: خالف أمرى وما أنزلته على رسولى، أعرض عنه وتناساه، وأخذ من غيره هداه ﴿فَإِنَّ لَهُۥ مَعِيشَةً ضَنكًا﴾ فى الدنيا، فلا طمأنينة له ولا انشراح لصدره، بل صدره ضيق حرج لضلاله، وإن تنعّم ظاهره، ولبس ما شاء، وأكل ما شاء، وسكن حيث شاء - فإن قلبه ما لم يخلص إلى اليقين والهدى، فهو فى قلق وحيرة وشك، فلا يزال فى ريبه يتردد، فهذا من ضنك المعيشة[1]، وليس هذا فحسب فإن عقابًا آخر ينتظره وهو أن يحشر إلى النار وهو أعمى البصر والبصيرة، كما قال تعالى: ﴿وَنَحْشُرُهُمْ يَوْمَ ٱلْقِيَٰمَةِ عَلَىٰ وُجُوهِهِمْ عُمْيًا وَبُكْمًا وَصُمًّا ۖ مَّأْوَىٰهُمْ جَهَنَّمُ ۖ﴾ [الإسراء: ٩٧].

٤ - قتال المرتد وقتله:

أوجب الإسلام قتل المرتد عن دينه؛ ففى الحديث عن رسول الله ﷺ: «لَا يَحِلُّ دَمُ امْرِئٍ إِلَّا بِإِحْدَى ثَلَاثٍ: النَّفْسُ بِالنَّفْسِ، وَالثَّيِّبُ الزَّانِى، وَالْمُرْتَدُّ عَنْ دِينِهِ الْمُفَارِقُ لِلْجَمَاعَةِ»[2]، وقوله - عليه الصلاة والسلام - «مَنْ بَدَّلَ دِينَهُ فَاقْتُلُوهُ»[3].

---

(١) ينظر: تفسير القرآن العظيم لابن كثير ٣/ ١٦٨.

(٢) أخرجه الشافعى (٢/ ٩٦) كتاب: الديات، الحديث (٣١٨)، والطيالسى (ص - ١٣)، الحديث (٧٢)، وأحمد (١/ ٦١)، والدارمى (٢/ ٢١٨) كتاب: السير، باب: لا يحل دم رجل يشهد أن لا إله إلا الله، والترمذى (٤/ ١٩) كتاب: الديات، باب: ما جاء لا يحل دم امرئ مسلم، الحديث (١٤٠٢)، والنسائى (٧/ ١٠٣) كتاب: تحريم الدم، باب: الحكم فى المرتد، وابن ماجه (٢/ ٨٤٧) كتاب: الحدود، باب: لا يحل دم امرئ مسلم إلا فى ثلاث، الحديث (٢٥٣٣)، والحاكم (٤/ ٣٥٠) كتاب: الحدود، وابن الجارود (ص - ٢١٣) رقم (٨٣٦) من حديث عثمان.

وقال الحاكم: صحيح على شرط الشيخين ولم يخرجاه. ووافقه الذهبى.

وأخرجه الطيالسى (ص - ٢١٦)، الحديث (١٥٤٣)، وأحمد (٦/ ٢١٤)، وأبو داود (٤/ ٥٢٢) كتاب: الحدود، باب: الحكم فيمن ارتد، الحديث (٤٣٥٣)، والنسائى (٧/ ١٠١ - ١٠٢) باب الصلب، والحاكم (٤/ ٣٦٧) من حديث عائشة، وقال الحاكم =

فالمرتد يستتاب ثلاثًا، فإن تاب وإلا قتل[1].

وتنفيذ حدّ الردة يحفظ الإيمان من الانحلال، ويبقى الدين قويًا ويظل مسيطرًا على النفوس، وأكبر دليل على ذلك ما فعله الصديق أبو بكر فى أول خلافته من قتال المرتدين وحتى مانعى الزكاة، فلولا إقدامه على حرب هؤلاء لانهدمت أركان الدين، وضاعت بيضته وانهارت دولته.

٥ - الأمر بالمعروف والنهى عن المنكر:

الأمر بالمعروف والنهى عن المنكر ضرورة للتمكين لدين الله فى الأرض؛ إذ يحمل الآمر بالمعروف والناهى عن المنكر الناس على الالتزام بأوامر الدين واجتناب نواهيه، ومن ثم كان الأمر بالمعروف والنهى عن المنكر من شعائر هذا الدين ومن عوامل الخيرية فى الأمة الإسلامية: ﴿كُنتُمْ خَيْرَ أُمَّةٍ أُخْرِجَتْ لِلنَّاسِ تَأْمُرُونَ بِالْمَعْرُوفِ وَتَنْهَوْنَ عَنِ الْمُنكَرِ وَتُؤْمِنُونَ بِاللَّهِ﴾ [آل عمران: ١١٠]، وقال الرسول - عليه الصلاة والسلام -: «وَالَّذِى نَفْسِى بِيَدِهِ لَتَأْمُرُنَّ بِالْمَعْرُوفِ وَلَتَنْهَوُنَّ عَنِ الْمُنْكَرِ أَوْ

= صحيح على شرط الشيخين. ووافقه الذهبى.

وأخرجه البخارى (١٢/ ٢٠١) كتاب: الديات، باب: قوله تعالى: «إن النفس بالنفس»، حديث (٦٨٧٨) ومسلم (٣/ ١٣٠٢) كتاب: القسامة، باب: ما يباح به دم المسلم (٢٥/ ١٦٧٦)، والترمذى (١٤٠٢)، وأبو داود (٤٣٥٢) والنسائى (٧ / ٩٢) وابن ماجه (٢٥٣٤)، والدارمى (٢/ ٢١٨)، والدارقطنى (٣/ ٨٢)، والبيهقى (٨/ ١٩)، وأحمد (١/ ٣٨٢، ٤٢٨، ٤٤٤، ٤٦٥)، عن عبد الله بن مسعود مرفوعا بنحوه.

(٣) أخرجه البخارى (٦/ ٢٥٨) كتاب: الجهاد والسير، باب: لا يعذب بعذاب الله (٣٠١٧)، وطرفه فى (٦٩٢٢)، والحميدى (٥٣٣)، وأحمد (١/ ٢١٧، ٢١٩، ٢٨٢)، وأبو داود (٢/ ٥٣٠) كتاب الحدود، باب: الحكم فيمن ارتد (٤٣٥١)، وابن ماجه (٤/ ١٥٤ - ١٥٥)، كتاب: الحدود، باب: المرتد عن دينه (٢٥٣٥)، والترمذى (٣/ ١٢٦)، أبواب الحدود، باب: ما جاء فى المرتد (١٤٥٨)، والنسائى (٧/ ١٠٤)، كتاب التحريم، باب: الحكم فى المرتد، والشافعى (٢/ ٨٦ - ٨٧)، وعبد الرزاق (٩٤١٣)، (١٨٧٠٦)، وابن الجارود (٨٤٣)، وأبو يعلى (٢٥٣٢)، والطحاوى فى شرح المشكل (٢٨٦٥)، (٢٨٦٦)، (٢٨٦٧)، (٢٨٦٨)، وابن حبان (٤٤٧٦)، والطبرانى فى الكبير (١١٨٣٥)، (١١٨٥٠)، والدارقطنى (٣/ ١٠٨، ١١٣)، والحاكم (٣/ ٥٣٨ - ٥٣٩)، والبيهقى (٨/ ١٩٥، ٢٠٢)، (٩/ ٧١). من حديث عبد الله بن عباس.

(١) انظر: العدة شرح العمدة فى فقه إمام السنة أحمد بن حنبل لبهاء الدين عبد الرحمن بن إبراهيم المقدسى (النور الإسلامية للطبع والنشر والتوزيع) ص٥٧٨.

لَيُوشِكَنَّ اللهُ أَنْ يَبْعَثَ عَلَيْكُمْ عِقَابًا مِنْ عِنْدِهِ ثُمَّ لَتَدْعُنَّهُ فَلَا يَسْتَجِيبَ لَكُمْ»[(١)] .

٦ - الجهاد فى سبيل الله:

شرع الله الجهاد للمؤمنين بأنفسهم وأموالهم؛ لإعلاء كلمة الله، ونشر دينه، وحفظه وتأمينه من أعداء الله، وحماية لبيضة الإسلام، وحرمات المسلمين، قال الله تعالى: ﴿وَقَٰتِلُوهُمْ حَتَّىٰ لَا تَكُونَ فِتْنَةٌ وَيَكُونَ ٱلدِّينُ لِلَّهِ فَإِنِ ٱنتَهَوْا۟ فَلَا عُدْوَٰنَ إِلَّا عَلَى ٱلظَّٰلِمِينَ﴾ [البقرة: ١٩٣]، وقال تعالى: ﴿وَقَٰتِلُوهُمْ حَتَّىٰ لَا تَكُونَ فِتْنَةٌ وَيَكُونَ ٱلدِّينُ كُلُّهُۥ لِلَّهِ فَإِنِ ٱنتَهَوْا۟ فَإِنَّ ٱللَّهَ بِمَا يَعْمَلُونَ بَصِيرٌ﴾ [الأنفال: ٣٩]، وقال جل وعلا: ﴿أَلَا تُقَٰتِلُونَ قَوْمًا نَّكَثُوٓا۟ أَيْمَٰنَهُمْ وَهَمُّوا۟ بِإِخْرَاجِ ٱلرَّسُولِ وَهُم بَدَءُوكُمْ أَوَّلَ مَرَّةٍ أَتَخْشَوْنَهُمْ فَٱللَّهُ أَحَقُّ أَن تَخْشَوْهُ إِن كُنتُم مُّؤْمِنِينَ﴾ [التوبة: ١٣].

إذن فالدين قد تتهدده أخطار، ولكن الله - سبحانه وتعالى - شرع له ما يحفظه ممن يهدده ببيان أسسه وعناصره ومكوناته الصحيحة بصورة بينة واضحة، وبيان الوسائل المشروعة التى تحميه إذا انتهكت حدوده أو تُعُدِّىَ عليها، والحافظ هنا هو الله، وهو بمثابة المؤمِّنْ فى عقد التأمين، والمؤمّن له هو العبد المؤمن، والمؤمَّن منه: الأخطار التى قد تتهدد الدين وحدوده، والمقابل: هو التضحية التى يبذلها المؤمّن له فى سبيل الدين، والمقابل الذى يأخذه المؤمَّن له هو التمكين لهذا الدين فى الأرض ﴿وَعَدَ ٱللَّهُ ٱلَّذِينَ ءَامَنُوا۟ مِنكُمْ وَعَمِلُوا۟ ٱلصَّٰلِحَٰتِ لَيَسْتَخْلِفَنَّهُمْ فِى ٱلْأَرْضِ كَمَا ٱسْتَخْلَفَ ٱلَّذِينَ مِن قَبْلِهِمْ وَلَيُمَكِّنَنَّ لَهُمْ دِينَهُمُ ٱلَّذِى ٱرْتَضَىٰ لَهُمْ﴾ [النور: ٥٥].

ثانيًا - حفظ النفس (تأمين النفس):

والمقصود بحفظ النفس ضمان الحياة الطيبة للإنسان فى الدنيا ووقايته من الأذى وسلامته من الضرر، وبعبارة أخرى: ضمان حد الكفاية من حاجات النفس وكف الضرر عنها[(٢)] .

---

(١) أخرجه أحمد (٥/ ٣٨٨)، والترمذى (٤/ ٤١ - ٤٢) أبواب الفتن، باب: ما جاء فى الأمر بالمعروف والنهى عن المنكر (٢١٦٩) من حديث حذيفة بن اليمان. وله شاهد من حديث ابن مسعود: أخرجه الطبرانى (١٠/ ١٨٠) (١٠٢٦٧)، (١٠٢٦٨). وشاهد آخر من حديث أبى موسى الأشعرى ذكره الهيثمى فى المجمع (٧/ ٢٧٢) وقال: رواه الطبرانى ورجاله رجال الصحيح.

(٢) انظر: نظرية التأمين التعاونى للدكتور رجب عبد التواب ص٣٠١ .

وحد الكفاية المشار إليه: أن يحصل كل فرد من أفراد المجتمع على ضروريات الحياة من مأكل ومشرب وملبس ومسكن ومنكح ومركب، ويلحق بذلك العلاج والتعليم، وكف الضرر المقصود به منع الضرر المتلف للنفس عنها قبل وصوله أو جبره بعد وصوله إن أمكن جبره، أما إن لم يمكن جبره فيعاقب مُوقِع الضرر بالنفس كى يرتدع غيره عن إلحاق الضرر بها أو إتلافها.

والإسلام بسماحته شرع أحكامًا تكفل للقادرين وغير القادرين تحقيق هذه الضرورات للنفس؛ مما يكفل حفظها وبقاءها، كما شرع من أسباب الوقاية ما يكفل عدم إيصال الضرر إليها أو الإتلاف، وشرع - أيضًا - ما يجبر الضرر أو الإتلاف إن وقع على النفس.

ومعنى هذا أن الإسلام فى حفظه للنفس البشرية (تأمينه لها) يسلك مسالك ثلاثة:

الأول: تأمين النفس عن طريق الكفاية.

الثانى: تأمين النفس بالوقاية.

الثالث: تأمين النفس من خلال الجبر.

المسلك الأول - تأمين الكفاية:

فأما عن تأمين الكفاية، فالكفاية فى اللغة من: كفاه الشىء، يكفيه كفاية، يعنى: استغنى به عن غيره: وكفاه مئونته، يكفيه كفاية، بمعنى: حصَّل له القوت[١]، ومنه الكفاف وهو: ما يكون بقدر الحاجة، ولا يفضل منه شىء ويكف عن السؤال[٢].

والمقصود بتأمين الكفاية هنا قريب من المعنى اللغوى، فيقصد به ضمان حصول الشخص على كفايته من حاجاته المعيشية الأصلية بقدر ما يليق به هو ومن ينفق عليهم[٣].

وهناك تسعة بنود يجب أن يغطيها حد الكفاية وهى: المطعم، والملبس، وأدوات الإنتاج، وأداة الانتقال أو ما يعادلها كتذكرة أو اشتراك، وكتب العلم لمن هو أهله، والزواج لمن هو فى حاجة إليه، والعلاج، والسياحة والنزهة فى غير

---

(١) انظر: القاموس المحيط مادة (كفى) ٤/٣٧٦، والمعجم الوسيط مادة (كفى) ص٨٢٥ .
(٢) انظر: التعريفات للجرجانى ص٢٣٧ .
(٣) انظر: نظرية التأمين التعاونى ص٣٠١ .

معصية. قال عز الدين بن عبد السلام فى كتابه قواعد الأحكام: «فأما مصالح الدنيا فتنقسم إلى: الضرورات والحاجات والتتمات والتكملات، فالضرورات كالمأكل والمشرب والملابس والمساكن والمناكح والمراكب والجوالب للأقوات وغيرها مما تمس إليه الضرورات، وأقل المجزئ من ذلك ضرورى»

وقيل: «المعتبر: المطعم، والملبس، والمسكن وسائر ما لا بد له منه على ما يليق بحاله بغير إسراف ولا إقتار لنفس الشخص، ولمن هو فى نفقته»[١].

والحد الأدنى للكفاية فى الشريعة الإسلامية هو الحد الفاصل بين الفقر والغنى، فالفقر هو الحاجة، والغنى هو الكفاية، وأول حدود الغنى هو عدم الاحتياج للغير، فالمعتبر وجود الكفاية للفرد ولعائلته ومن يعوله[٢].

وقد شرع الإسلام شرائع وحدَّ حدودًا تضمن للإنسان الحصول على كفايته بما يحفظ نفسه ويقيمنا، ومن هذه الحدود والشرائع:

١ - دعوة الإسلام إلى العمل:

الإسلام يدعو إلى العمل ليكسب الإنسان كفايته ومن يعوله، قال الله تعالى: ﴿وَجَعَلْنَا ٱلنَّهَارَ مَعَاشًا﴾ [النبأ: ١١] «أى جعلناه مشرقا نيرا مضيئا؛ ليتمكن الناس من التصرف فيه والذهاب والمجيء للمعاش والتكسب والتجارات»[٣].

وقال الله تعالى: ﴿وَلَقَدْ مَكَّنَّـٰكُمْ فِى ٱلْأَرْضِ وَجَعَلْنَا لَكُمْ فِيهَا مَعَـٰيِشَ ۗ قَلِيلًا مَّا تَشْكُرُونَ﴾ [الأعراف: ١٠] أى أن الله - سبحانه - جعل الأرض قرارا، وجعل فيها رواسى وأنهارًا، وجعل لهم فيها منازل وبيوتا أباح لهم منافعها، وسخر لهم السحاب لإخراج أرزاقهم منها، وجعل لهم فيها معايش، أى: مكاسب وتجارات وأسبابًا[٤].

وقد جعل الله الرزق مكنونًا فى الأرض، والأقوات موفورة فيها، فما على الإنسان إلا السعى لاستخراج هذا القوت، قال تعالى: ﴿قُلْ أَئِنَّكُمْ لَتَكْفُرُونَ بِٱلَّذِى خَلَقَ ٱلْأَرْضَ فِى يَوْمَيْنِ وَتَجْعَلُونَ لَهُۥٓ أَندَادًا ۚ ذَٰلِكَ رَبُّ ٱلْعَـٰلَمِينَ وَجَعَلَ فِيهَا رَوَٰسِىَ مِن فَوْقِهَا وَبَـٰرَكَ فِيهَا

(١) ينظر مشكلة الفقر وكيف عالجها الإسلام للدكتور يوسف القرضاوى (ط٤، ١٩٨٠) ص (٩٢).
(٢) ينظر فقه السنة للشيخ سيد سابق (الفتح للإعلام العربى) (١/ ٤٥٣).
(٣) ينظر تفسير القرآن العظيم لابن كثير ٤/ ٤٦٢.
(٤) انظر السابق ٢/ ٢٠٢.

﴿وَقَدَّرَ فِيهَآ أَقْوَٰتَهَا فِىٓ أَرْبَعَةِ أَيَّامٍ سَوَآءً لِّلسَّآئِلِينَ﴾ [فصلت: ٩-١٠].

فالآية تشير إلى ما خبأه الله وما يخبئه فى جوف الأرض من منافع ومعادن نافعة: كالذهب والفضة والحديد وما إليها، وما يوجد على سطحها من زرع وماء وهواء وأقوات خزنها فيها أزمانًا طويلة، وكلها موجودة على الوفرة، بل إنه - سبحانه - جعلها قابلة للغرس والزرع، وهذه الخيرات والأقوات مكفول علمها لمن أراد التعلم، ومكفول تيسير إيجادها لمن طلب.

فالآيات السابقة وغيرها تحث على العمل، وتضمن لكل ساع على رزقه أن يحصله؛ ولذلك قال الله - تعالى -: ﴿وَمَن يُهَاجِرْ فِى سَبِيلِ ٱللَّهِ يَجِدْ فِى ٱلْأَرْضِ مُرَٰغَمًا كَثِيرًا وَسَعَةً﴾ [النساء: ١٠٠].

ولكن يجب أن يكون العمل حلالا مباحًا، وكسبه حلالا مباحًا؛ فقد روى عن لقمان الحكيم أنه قال لابنه: يا بنى، استعن بالكسب الحلال؛ فإنه ما افتقر أحد قط إلا أصابه ثلاث خصال: رقة فى دينه، وضعف فى عقله، وذهاب فى مروءته، وأعظم من هذه الخصال استخفاف الناس به[(١)] .

فالإسلام يدفع إلى العمل بكل قوة، وأعطاه الانطلاقة من أجل كفاية النفس ومن أجل النشاط الاقتصادى فى المجتمع بحميع أشكاله، وفى جميع مجالاته، سواء كان عملا بدنيًا أو فكريًا. «ولم يحظر من العمل إلا ما فيه اعتداء على العقل أو النفس أو الدين أو العرض أو المال، وإذا كان هناك قيود، فإنها تهدف إلى منع الانحراف أو الاستغلال أو الإساءة»[(٢)] .

وإذا كان الإسلام دعا إلى العمل فإنه - أيضا - دعا إلى أمور فرعية تتعلق به، من مثل كفاية الأجر للعامل، ولعل هذا الحق من السمات الإسلامية الفريدة حيث اشترطت الشريعة الإسلامية الكفاية وليس الكفاف، ولم تجعل هذا الشرط خاضعًا لقوى السوق وحدها من عرض وطلب؛ بل اشترطت الكفاية بمعنى أن الأجر يغطى الإنفاق على النفس، والإنفاق على الأسرة، والإنفاق فى مصالح الجماعة،

(١) الأثر فى مختصر منهاج القاصدين لابن قدامة المقدسى، تحقيق كمال على الجمل (مكتبة الإيمان) ص٨٨، ٨٩ .

(٢) الحل الإسلامى لمشكلة الغذاء وتحقيق مجتمع الكفاية والأمن للدكتور حلمى عبد المنعم صابر (١٤٠٤هـ - ١٩٨٣م) ص٢١٩ .

والادخار لمستقبل الأولاد.

ومما يشير إلى هذا المعنى ما حدث بين أبى عبيدة عامر بن الجراح وعمر بن الخطاب - رضى الله عنهما - حينما قال أبو عبيدة لعمر: دنست أصحاب رسول الله - يقصد أنه استخدم الصحابة فى جباية الخراج، وربما يغريهم المال فتمتد إليه أيديهم بغير حق - فقال عمر: يا أبا عبيدة إذا لم أستعن بأهل الدين على سلامة دينى فبمن أستعين؟ قال أبوعبيدة: أما إن فعلت فأغنهم بالعمالة عن الخيانة، يقصد إذا استعملتهم على شىء، فأجزل لهم فى العطاء والرزق حتى لا يحتاجون[1].

ولقد أوجب الإسلام على الدولة أن تكفل للموظف العام توفير المسكن المناسب، والمطعم المناسب، وتعينه على أمر الزواج، ووسيلة المواصلات، ففى الحديث أن النبى - عليه الصلاة والسلام - قال: «مَنْ كَانَ لَنَا عَامِلًا فَلْيَكْتَسِبْ زَوْجَةً، فَإِنْ لَمْ يَكُنْ لَهُ خَادِمٌ فَلْيَكْتَسِبْ خَادِمًا، وَإِنْ لَمْ يَكُنْ لَهُ مَسْكَنٌ فَلْيَكْتَسِبْ مَسْكَنًا»[2]، وفى رواية أخرى: «وَمَنْ لَمْ يَكُنْ لَهُ دَابَّةٌ فَلْيَتَخِذْ دَابَّةً»[3].

فالحديث ينص صراحة على وجوب توفير حد الكفاية للعامل.

٢ - دعوة الإسلام إلى التكافل الاجتماعى:

والتكافل هو التفاعل والتشارك، ويقال فى اللغة: تكافل القوم، إذا كفل بعضهم بعضًا، ولا يكون لفريق فى هذا التكافل فضل على فريق آخر، وكأن العبء موزع على الأفراد كافة، والفائدة عائدة على الجميع[4].

ومبدأ التكافل الاجتماعى فى الإسلام نابع من أمر الله - تعالى - الذى قرن الزكاة بالصلاة فى كتابه الكريم، وجعل ترك هذه وتضييع تلك سببًا لدخول النار؛ حيث يقول - سبحانه - عن المجرمين: ﴿مَا سَلَكَكُمْ فِي سَقَرَ قَالُوا لَمْ نَكُ مِنَ الْمُصَلِّينَ وَلَمْ نَكُ نُطْعِمُ الْمِسْكِينَ وَكُنَّا نَخُوضُ مَعَ الْخَائِضِينَ﴾ [المدثر: ٤٢ - ٤٥].

كما جعل - سبحانه - إهمال العناية بالفقير والمسكين من مظاهر الكبر والتكذيب

---

(١) الخراج لأبى يوسف يعقوب بن إبراهيم الأنصارى (طبعة بولاق، ١٣٠٢هـ) ص١٢ .

(٢) أخرجه أبو داود (٢/ ١٤٩) كتاب: الخراج والفىء، باب: فى أرزاق العمال (٢٩٤٥)، والحاكم (١/ ٤٠٦)، وصححه، وابن خزيمة (٢٣٧٠) من حديث المستورد بن شداد .

(٣) أخرجه أحمد فى المسند (٤/ ٢٢٩ - ٢٣٠) .

(٤) الحل الإسلامى لمشكلة الغذاء للدكتور حلمى عبد المنعم صابر ص٢٧٢ .

بيوم الدين، يقول - سبحانه وتعالى -: ﴿أَرَءَيْتَ ٱلَّذِى يُكَذِّبُ بِٱلدِّينِ فَذَٰلِكَ ٱلَّذِى يَدُعُّ ٱلْيَتِيمَ وَلَا يَحُضُّ عَلَىٰ طَعَامِ ٱلْمِسْكِينِ﴾ [الماعون: ١-٣].

فلم يكتف بإطعام المسكين حتى أوجب الحض على إطعامه، وجعل ذلك فرضًا بارزًا فى الدين، يذكر جنبًا إلى جنب مع الإيمان بالله العظيم، فقال: ﴿إِنَّهُۥ كَانَ لَا يُؤْمِنُ بِٱللَّهِ ٱلْعَظِيمِ وَلَا يَحُضُّ عَلَىٰ طَعَامِ ٱلْمِسْكِينِ فَلَيْسَ لَهُ ٱلْيَوْمَ هَٰهُنَا حَمِيمٌ﴾ [الحاقة: ٣٣-٣٥].

ولا يقف الإسلام - كما سبق أن بينا - بمبدأ التكافل هذا عند حد الكفاف، ولكنه جعل نصب عينيه دائمًا أن يوفر «حد الكفاية» لكل فرد، وجعل ذلك حقا يعلو على كل الحقوق، فلا يسمح بالغنى مع وجود الفقر، وإنما يبدأ الغنى والتفاوت بعد إزالة الفقر والقضاء على الجوع نهائيًا، وهو لا يسمح بالغنى إلا بعد توفير حد الكفاية لجميع الأفراد، فإذا تحقق فلا بأس أن يثرى الفرد ويغنى كل حسب عمله وجهده، كما أخبر النبى ﷺ «لَا بَأْسَ بِالْغِنَى لِمَنِ اتَّقَى»[(١)] ، وقد أشار عمر بن الخطاب إلى ذلك بقوله: «ما من رجل إلا وله فى هذا المال حق، الرجل وبلاؤه، والرجل وحاجته».

وهذا إن دل على شىء فإنما يدل على مدى رعاية الإسلام للفقراء والمساكين وأصحاب الحاجات وحرصه الشديد على حفظ كرامتهم، ونحن نرى أن الحقوق الواجبة فى المال بعد الزكاة تتوقف على ضرورات المجتمع وحاجة الناس[(٢)] ، فإذا «لم تقم الزكاة بتغطية حاجات المجتمع، أيقف الإسلام مكتوف الأيدى ويترك الفقراء يموتون جوعًا، ومصالح المجتمع تتعطل؟ أم أن هناك تشريعًا آخر يلجأ إليه الإسلام حين تعجز التشريعات السابقة على الوفاء؟ إن مبدأ المصالح المرسلة[(٣)] ،

---

(١) أخرجه أحمد (٤/٦٩)، (٥/ ٣٧٢، ٣٨٠)، والبخارى فى الأدب المفرد (٣٠١)، وابن ماجه (٣/ ٥١١) كتاب: التجارات، باب: الحث على المكاسب (٢١٤١)، والحاكم (٢/ ٣) عن معاذ بن عبد الله بن خبيب الجهنى عن أبيه عن عمه... فذكره بلفظ: «إنه لا بأس بالغنى لمن اتقى والصحة لمن اتقى، خير من الغنى، وطيب النفس من النعم».
وذكره العلامة الألبانى فى صحيح الأدب المفرد (٢٣١/ ٣٠١) وقال البوصيرى فى الزوائد (٢/ ١٥٨): هذا إسناد صحيح رجاله ثقات رواه أبو بكر بن أبى شيبة فى مسنده هكذا.

(٢) الحل الإسلامى لمشكلة الغذاء للدكتور حلمى عبد المنعم صابر ص٢٧٦ .

(٣) المصالح المرسلة: هى التى لم ينص الشارع على إلغائها ولا على اعتبارها؛ فهى مصلحة لأنها تجلب نفعًا وتدفع ضرًا، وهى مرسلة؛ لأنها مطلقة عن اعتبار الشارع أو إلغائه؛ فهى =

ومبدأ سد الذرائع[1] ، عند تطبيقهما فى محيط أوسع يمنحان الإمام الذى ينفذ شريعة الله سلطة واسعة؛ لتدارك كل المضار الاجتماعية بما فى ذلك التوظيف فى الأموال رعاية للصالح العام للأمة وتحقيقًا للعدالة الاجتماعية، فمبدأ الملكية الفردية فى الإسلام لا يمنع البتة - تبعًا لهذا - أن تأخذ الدولة نسبة من الربح أو نسبة من رأس المال ذاته، على أن تظل قاعدة النظام الإسلامى مرعية، وهى أن تكون للناس ملكياتهم الخاصة، واستثماراتهم الخاصة، بقدر الضرورة الطارئة؛ حتى لا تستوحش قلوب الناس ولا تفتر همتهم واهتمامهم بتحسين الثروة وتحسين الإنتاج، وأهم من ذلك كله تبقى الطمأنينة على أرزاقهم، وألا يصبحوا عبيدًا للدولة يخشون - إن هم نصحوها - قطع أرزاقهم، وسلْبَ ملكياتهم الخاصة[2] أضف إلى هذا أن الإسلام وسع دائرة الإنفاق عن طريق تحبيب الناس فى البذل والإنفاق وترهيبهم من البخل والشح، فيقول الحق مرغبا ومحببا للناس فى الإنفاق: ﴿مَّثَلُ ٱلَّذِينَ يُنفِقُونَ أَمْوَٰلَهُمْ فِى سَبِيلِ ٱللَّهِ كَمَثَلِ حَبَّةٍ أَنۢبَتَتْ سَبْعَ سَنَابِلَ فِى كُلِّ سُنۢبُلَةٍ مِّاْئَةُ حَبَّةٍۗ وَٱللَّهُ يُضَٰعِفُ لِمَن يَشَآءُۗ وَٱللَّهُ وَٰسِعٌ عَلِيمٌ﴾ [البقرة: ٢٦١]، ويقول سبحانه مرهبا الباخلين بأموالهم الكانزين لها دونما إنفاق فى سبيله: ﴿وَٱلَّذِينَ يَكْنِزُونَ ٱلذَّهَبَ وَٱلْفِضَّةَ وَلَا يُنفِقُونَهَا فِى سَبِيلِ ٱللَّهِ فَبَشِّرْهُم بِعَذَابٍ أَلِيمٍ يَوْمَ يُحْمَىٰ عَلَيْهَا فِى نَارِ جَهَنَّمَ فَتُكْوَىٰ بِهَا جِبَاهُهُمْ وَجُنُوبُهُمْ وَظُهُورُهُمْۖ هَٰذَا مَا كَنَزْتُمْ لِأَنفُسِكُمْ فَذُوقُوا۟ مَا كُنتُمْ تَكْنِزُونَ﴾ [التوبة: ٣٤-٣٥].

وإن المقام لا يتسع لذكر الثروة الهائلة من الآيات والأحاديث التى تحث على العطاء، وتمنح النفس شحنات البذل والإيثار أو المرهبة من الشح والبخل، ولكن يمكننا القول: لو طبقت تعاليم الإسلام لحلت كل المشاكل، فلو جمعت الزكاة بدقة

= إذن تكون فى الوقائع المسكوت عنها وليس لها نظير منصوص على حكمه حتى نقيسها عليه، وفيها وصف مناسب لتشريع حكم معين من شأنه أن يحقق منفعة أو يدفع مفسدة، مثل المصلحة التى اقتضت جمع القرآن وتدوين الدواوين، وتضمين الصناع، وقتل الجماعة بالواحد .

راجع: الوجيز فى أصول الفقه للدكتور عبد الكريم زيدان (مؤسسة قرطبة، القاهرة ١٩٨٧) ص٢٣٧ .

(١) سد الذرائع، معناه: منع الوسائل المؤدية إلى المفاسد. انظر السابق ص٢٤٥ .

(٢) العدالة الاجتماعية للأستاذ سيد قطب (دار الشروق) ص١٦٠ .

لكان فيها غناء، ولو أدى القادرون على العمل ما عليهم دونما تكاسل أو إهمال، واستخدمت الطاقات المعطلة، والعدالة فى التوزيع، وطبقت قواعد الله فى الاستثمار - لو فعلنا ذلك لتحقق لكل فرد من الأفراد تأمين الكفاية لنفسه، بل وللمجتمع بأسره ومن ثم حفظت النفس التى هى من الضروريات التى أوجب الله حفظها.

المسلك الثانى - تأمين الوقاية:

والمقصود بتأمين النفس عن طريق الوقاية هو حماية النفس من الأحداث العامة والخاصة التى تتعرض لها فى الحياة الدنيا.

إذ من المعلوم أن النفس الإنسانية تتعرض فى حركة حياتها الدنيوية لأحداث كثيرة، منها العام، ومنها الخاص، ومنه الإرادى، ومنها غير الإرادى.

فالأحداث العامة هى التى تشيع فى مجموع الأفراد، ولا تخص فردًا بعينه مثل الزلازل والبراكين والحروب والحرائق العامة والفيضانات والسيول، والجدب والآفات الزراعية، والأمراض والأوبئة العامة، وأمثال ذلك.

وأما الأحداث الخاصة فهى التى تصيب الفرد ذاته، دون أن تتعدى بأثرها إلى المجموع أو إلى الغير، مثل: الأحداث التى تصيب الفرد فى قدرته الجسمانية كالعجز والشيخوخة والمرض، أو تصيبه فى قدرته العقلية كالعته والسفه والجنون، أو تصيبه فى قدرته العملية والمهنية كالبطالة وعدم وجود آلات الحرفة ومعدات الاكتساب، أو تصيبه فى قدرته الحاجية كالفقر والمسكنة والعوز والفاقة والكفاف، أو تصيبه فى وجوده الإنسانى الحياتى كإسقاط الجنين وقتل الوليد وإزهاق روح الكبير أو جرحه وإصابته عدوانا وظلمًا.

أما الأحداث الإرادية فهى التى يتسبب فيها - وبإرادته شخص أو عدة أشخاص، والأفعال الإرادية ينتج عنها أحداث عامة وأحداث خاصة، ومن الأفعال الإرادية: الكفر والشرك والإلحاد والردة عن الإسلام وارتكاب المعاصى وقتل الغير وجرحه. . . وهى تنتمى إلى الأحداث العامة إذا صدرت من مجموع، وقد تصدر من شخص معين فتكون أحداثًا خاصة، كذلك قد يقع الفعل على شخص واحد فيعد بذلك حدثًا خاصًا.

أما الأحداث غير الإرادية فهى التى تصيب الإنسان بدون تدخل منه، فهى تقع

بقضاء الله على سبيل الابتلاء والامتحان لعباده المؤمنين، قال الله - تعالى -: ﴿أَحَسِبَ ٱلنَّاسُ أَن يُتْرَكُوٓا۟ أَن يَقُولُوٓا۟ ءَامَنَّا وَهُمْ لَا يُفْتَنُونَ﴾ [العنكبوت: ٢].

وقال تعالى: ﴿وَلَنَبْلُوَنَّكُم بِشَىْءٍ مِّنَ ٱلْخَوْفِ وَٱلْجُوعِ وَنَقْصٍ مِّنَ ٱلْأَمْوَٰلِ وَٱلْأَنفُسِ وَٱلثَّمَرَٰتِ ۗ وَبَشِّرِ ٱلصَّٰبِرِينَ﴾ [البقرة: ١٥٥].

وقال جلا وعلا: ﴿إِنَّا جَعَلْنَا مَا عَلَى ٱلْأَرْضِ زِينَةً لَّهَا لِنَبْلُوَهُمْ أَيُّهُمْ أَحْسَنُ عَمَلًا﴾ [الكهف: ٧].

وقال سبحانه: ﴿لَتُبْلَوُنَّ فِىٓ أَمْوَٰلِكُمْ وَأَنفُسِكُمْ وَلَتَسْمَعُنَّ مِنَ ٱلَّذِينَ أُوتُوا۟ ٱلْكِتَٰبَ مِن قَبْلِكُمْ وَمِنَ ٱلَّذِينَ أَشْرَكُوٓا۟ أَذًى كَثِيرًا ۚ وَإِن تَصْبِرُوا۟ وَتَتَّقُوا۟ فَإِنَّ ذَٰلِكَ مِنْ عَزْمِ ٱلْأُمُورِ﴾ [آل عمران: ١٨٦].

وقد تكون الابتلاءات للعقاب على المعاصى، كما قال الله تعالى: ﴿وَمَآ أَصَٰبَكُم مِّن مُّصِيبَةٍ فَبِمَا كَسَبَتْ أَيْدِيكُمْ وَيَعْفُوا۟ عَن كَثِيرٍ﴾ [الشورى: ٣٠].

ولقد جاء الإسلام بأمور عدة واقية تحفظ النفس، وتدرأ عنها المفاسد، وتؤمنها من الأضرار التى قد تلحق بها فى الدنيا والآخرة على السواء، نذكر منها:

١ - الإيمان بالله والعمل بأحكامه ودعاؤه ورجاؤه:

قد تبين لنا فى المبحث السابق أن الإيمان حماية وتمكين للعبد فى الأرض، وأن الدعاء سبب فى رفع البلاء وتخفيفه، فهو حماية كذلك للإنسان، وكذلك العمل الصالح له أثره الكبير، وقد وردت آيات كثيرة فى هذا الشأن، تعرضنا لبعض منها فيما سبق.

٢ - بعض طرق الوقاية من الكوارث من قبل الفرد نفسه:

التدابير الوقائية فى باب حق النفس على صاحبها تنطلق من قوله - عز وجل -: ﴿وَلَا تَقْتُلُوٓا۟ أَنفُسَكُمْ ۚ إِنَّ ٱللَّهَ كَانَ بِكُمْ رَحِيمًا﴾ [النساء: ٢٩]، وقوله سبحانه: ﴿وَلَا تُلْقُوا۟ بِأَيْدِيكُمْ إِلَى ٱلتَّهْلُكَةِ﴾ [البقرة: ١٩٥]، وقول النبى ﷺ: «لَا ضَرَرَ وَلَا ضِرَارَ»[1]، والضرر: الإضرار بالنفس، والضرار الإضرار بالغير. وقوله سبحانه وتعالى: ﴿وَذَرُوا۟ ظَٰهِرَ ٱلْإِثْمِ وَبَاطِنَهُۥٓ﴾ [الأنعام: ١٢٠]، مع قوله جل وعلا فى سورة البقرة عن الخمر والميسر: ﴿فِيهِمَآ إِثْمٌ كَبِيرٌ وَمَنَٰفِعُ لِلنَّاسِ وَإِثْمُهُمَآ أَكْبَرُ مِن نَّفْعِهِمَا﴾

(١) تقدم .

[البقرة: ٢١٩] فجعل الإثم نقيض النفع؛ فهو الضرر إذن، وهو محرم بنص القرآن الكريم.

وقد شرع الله فى قرآنه ثم محمد ﷺ فى سنته للمرء سبيل تلبية حق الوقاية للنفس الإنسانية بما يحفظها ويؤمنها، فأمره باتخاذ السبل الواقية التى تؤمنه وتحفظه فى الدنيا والآخرة؛ لأن التوقى يكفل الوقاية، فقد قال ﷺ: «وَمَنْ يَتوقَّ الشَّرَّ يُوقَهُ»(١) .

ومن طرق الوقاية من الكوارث التى قد تحطم النفس وتهلكها ما يلى:

أ - الصبر على المصيبة:

لأن النفس إذا استسلمت لوقع المصيبة وآلامها هلكت، ولكن بالصبر تتغلب على آثار المصيبة وتتخطاها، بل إن الصابر ينجى نفسه بصبره يوم القيامة؛ قال الله تعالى: ﴿وَلَمَن صَبَرَ وَغَفَرَ إِنَّ ذَٰلِكَ لَمِنْ عَزْمِ ٱلْأُمُورِ﴾ [الشورى: ٤٣]، وقال الرسول المصطفى - عليه الصلاة والسلام -: «مَا يَزَالُ الْبَلَاءُ بِالْمُؤْمِنِ وَالْمُؤْمِنَةِ فِى نَفْسِهِ وَوَلَدِهِ وَمَالِهِ حَتَّى يَلْقَى اللهَ - تَعَالَى - وَمَا عَلَيْهِ خَطِيئَةٌ»(٢) .

ب - التوبة من الذنب والاستغفار منه:

فالتائب الراجع يمحو الله عنه ذنوبه ويكفرها له، ومن ثم لا يعذب يوم القيامة، كما أن الاستغفار يحفظ النفس ويؤمنها من عدة أمور، والآيات والأحاديث الشريفة تبين ذلك.

قال الله تعالى: ﴿وَتُوبُوٓا۟ إِلَى ٱللَّهِ جَمِيعًا أَيُّهَ ٱلْمُؤْمِنُونَ لَعَلَّكُمْ تُفْلِحُونَ﴾

---

(١) من طريق الدارقطنى أخرجه ابن الجوزى فى العلل المتناهية (١/ ٨٥) (٩٣) عن ابن مجالد ابن سعيد عن عبد الملك بن عمير عن رجاء بن حيوة عن أبى هريرة قال: قال رسول الله ﷺ: «إنما العلم بالتعلم والحلم بالتحلم، ومن يبتغ الخير يعطه، ومن يتق الشر يوقه» قال ابن الجوزى: ابن مجالد اسمه إسماعيل، قال السعدى: ليس محمودًا، وقال الدارقطنى: وقد روى من حديث أبى الدرداء موقوفًا وهو المحفوظ .

قلت: الرواية الموقوفة المشار إليها أخرجها البيهقى فى شعب الإيمان (١٠٧٣٩)، وأخرجه أبو نعيم فى الحلية (٥/ ١٧٤) عن أبى الدرداء مرفوعًا، وفى إسناده محمد بن عبد الله بن الحسن وهو كذاب، قاله السخاوى فى المقاصد الحسنة ص (١٠٧) .

(٢) أخرجه أحمد (٢/ ٢٨٧، ٤٥٠)، والبخارى فى الأدب المفرد (٤٩٤) والترمذى (٤/ ٢٠٤) أبواب: الزهد، باب: ما جاء فى الصبر (٢٣٩٩)، وابن حبان (٢٩١٣)، (٢٩٢٤)، والحاكم (١/ ٣٤٦)، (٤/ ٣١٤)، وأبو نعيم فى الحلية (٧/ ٩١)، (٨/ ٢١٢)، والبيهقى (٣/ ٣٧٤) عن أبى هريرة .

[النور:٣١] ؛ فالآية تبين أن التوبة والإنابة والرجوع إلى الله سبب فى الفلاح والنجاح فى الدنيا والآخرة، وعن أبى هريرة - رضى الله عنه - قال: قال رسول الله ﷺ: «يَضْحَكُ اللهُ سُبْحَانَهُ وَتَعَالَى إِلَى رَجُلَيْنِ يَقْتُلُ أَحَدُهُمَا الآخَرَ يَدْخُلَانِ الْجَنَّةَ، يُقَاتِلُ هَذَا فِي سَبِيلِ اللهِ فَيُقْتَلُ، ثُمَّ يَتُوبُ اللهُ عَلَى الْقَاتِلِ فَيُسْلِمَ فَيُسْتَشْهَدُ»(١) .

فالحديث يوضح أن التوبة سبب فى النجاة من العذاب يوم القيامة، فمهما كان ذنب العبد فإنه متى تاب فقد أحرز نفسه ونجاها.

وعن أهمية الاستغفار وفضله وما يقدمه من مقومات تحفظ على الإنسان نفسه يقول الحق - سبحانه -: ﴿فَقُلْتُ ٱسْتَغْفِرُوا۟ رَبَّكُمْ إِنَّهُۥ كَانَ غَفَّارًا يُرْسِلِ ٱلسَّمَآءَ عَلَيْكُم مِّدْرَارًا وَيُمْدِدْكُم بِأَمْوَٰلٍ وَبَنِينَ وَيَجْعَل لَّكُمْ جَنَّٰتٍ وَيَجْعَل لَّكُمْ أَنْهَٰرًا﴾ [نوح: ١٠-١٢]

والآية تشتمل على عدة مقومات مؤمنة للنفس البشرية فى الدنيا والآخرة، وسبب هذه المقومات الاستغفار الذى داوم عليه المصطفى - عليه الصلاة والسلام - القائل: «يَأَيُّهَا النَّاسُ تُوبُوا إِلَى اللهِ وَاسْتَغْفِرُوهُ؛ فَإِنِّي أَتُوبُ فِي الْيَوم مِائَةَ مَرَّةٍ»(٢) وفى

---

(١) ورد عن أبى هريرة من ثلاث طرق:
- طريق الأعرج عنه:
أخرجه البخارى (٦/ ٤٧) فى الجهاد، باب: الكافر يقتل المسلم (٢٨٢٦)، ومسلم (٣/ ١٥٠٤) كتاب: الإمارة، باب: بيان الرجلين يقتل أحدهما الآخر (١٢٨/ ١٨٩٠) ومالك فى الموطأ (٢/ ٤٦٠) فى الجهاد، باب الشهداء فى سبيل الله (٢٨)، والنسائى (٦/ ٣٨) كتاب الجهاد، باب: اجتماع القاتل والمقتول فى سبيل الله فى الجنة، وابن ماجه (١/ ١٩١) فى المقدمة، باب: فيما أنكرت الجهمية (١٩١)، والحميدى (١١٢٢)، وأحمد (٢/ ٢٤٤، ٤٦٤)، والآجرى فى الشريعة (٢٧٧، ٢٧٨)، وابن حبان (٤٦٦٦)، والبيهقى فى السنن (٩/ ١٦٥)، وفى الأسماء والصفات (٤٦٧، ٤٦٨، ٤٦٩)، والبغوى فى شرح السنة (٥/ ٥١٨)، من طرق عنه عن أبى هريرة. . . فذكره .
- طريق همام بن منبه عنه:
أخرجه مسلم (١٢٩/ ١٨٩٠)، وأحمد (٢/ ٣١٨)، والبغوى فى شرح السنة (٥/ ٥١٨) من طريق معمر عنه عن أبى هريرة بلفظ: «يضحك الله لرجلين يقتل أحدهما الآخر كلاهما يدخل الجنة، قالوا: كيف يا رسول الله؟ قال: يُقتل هذا فيلج الجنة، ثم يتوب الله على الآخر فيهديه إلى الإسلام، ثم يجاهد فى سبيل الله فيستشهد .
- طريق سعيد بن المسيب:
أخرجه أحمد (٢/ ٥١١) من طريق ابن شهاب عنه عن أبى هريرة بلفظ: «إن الله - عز وجل - يضحك من رجلين يقتل أحدهما الآخر فيدخلهما الله عز وجل الجنة قيل: كيف يكون ذاك؟ قال: يكون أحدهما كافرًا فيقتل الآخر ثم يُسلم فيغزو فى سبيل الله فيقتل» .

(٢) أخرجه مسلم (٤/ ٢٠٧٥) كتاب الذكر والدعاء، باب: استحباب الاستغفار والاستكثار منه =

رواية قال: «وَاللهِ إِنِّى لأَسْتَغْفِرُ اللهَ وَأَتُوبُ إِلَيْهِ فِى الْيَوْمِ أَكْثَرَ مِنْ سَبْعِينَ مَرَّةً»[(١)] .

وأول المقومات: الاستجابة بغفران الذنوب: ﴿إِنَّهُۥ كَانَ غَفَّارًا﴾ [نوح: ١٠]، وثانيها: إرسال الماء من السماء الذى به تحيا النفوس وبسببه تخضر الأرض ويعيش الحيوان، فيأكل منه الإنسان فيحفظ نفسه من الهلاك ﴿يُرْسِلِ ٱلسَّمَآءَ عَلَيْكُم مِّدْرَارًا﴾.

وثالثها: الإمداد بالأموال والأبناء، وبالأموال والأبناء تحيا النفوس وتعمر الأرض ﴿وَيُمْدِدْكُم بِأَمْوَٰلٍ وَبَنِينَ﴾.

ورابعها: الجنات والأنهار، فالجنات وما فيها من خيرات طعام طيب للنفس ورزق حسن لها، والأنهار عذبة المياه شراب سائغ، ﴿وَيَجْعَل لَّكُمْ جَنَّـٰتٍ وَيَجْعَل لَّكُمْ أَنْهَـٰرًا﴾.

والآيات تكاد تجمع مقومات الحياة على الأرض: المقومات الروحية التى تجعل العبد دائما موصولا بخالقه، والمقومات المادية: الغذاء والماء، بل ومقومات الأمن

= (٤٢/ ٢٧٠٢)، والبخارى فى الأدب المفرد (٦٢١)، وأحمد (٤/ ٢١١، ٢٦٠)، وعبد بن حميد (٣٦٣)، والنسائى فى عمل اليوم والليلة (٦/ ١١٦ - ١١٧) (١٠٢٨١) عن الأغر المزنى بلفظ: «يأيها الناس، توبوا إلى الله؛ فإنى أتوب فى اليوم إليه مائة مرة» .

وأخرجه أحمد (٤/ ٢٦٠، ٢٦١)، والنسائى فى عمل اليوم والليلة (٦/ ١١٦) (١٠٢٧٨) عن أبى بردة عن رجل من أصحاب النبى ﷺ قال قال: رسول الله ﷺ: «يأيها الناس، توبوا إلى الله واستغفروه؛ فإنى أتوب إلى الله وأستغفره فى كل يوم مائة مرة» فقلت له: اللهم إنى أستغفرك، اللهم إنى أتوب إليك اثنتان أم واحدة؟ فقال: هو ذاك، أو نحو هذا .

وأخرجه مسلم (٤١/ ٢٧٠٢)، وأحمد (٤/ ٢١١، ٢٦٠)، وأبو داود (١/ ٤٧٥) كتاب: الصلاة، باب: فى الاستغفار (١٥١٥)، وعبد بن حميد (٣٦٤)، والنسائى فى عمل اليوم والليلة (٦/ ١١٦) (١٠٢٧٦) عن الأغر المزنى بلفظ: «إنه ليُغَان على قلبى، وإنى لأستغفر الله فى اليوم مائة مرة»، وأخرجه النسائى فى عمل اليوم والليلة (١٠٢٧٨) عن أبى بردة عن رجل من أصحابه قال: قال رسول الله ﷺ: «إنه ليغان على قلبى؛ فأستغفر الله كل يوم مائة مرة» .

(١) أخرجه البخارى (١٢/ ٣٧٩) كتاب الدعوات، باب استغفار النبى ﷺ فى اليوم والليلة (٦٣٠٧)، وأحمد (٢/ ٢٨٢، ٣٤١، ٤٥٠)، والترمذى (٥/ ٣٠٢) أبواب التفسير، باب: ومن سورة محمد ﷺ (٣٢٥٩)، وابن ماجه (٥/ ٣٤٥) كتاب: الأدب، باب: الاستغفار (٣٨١٥)، والنسائى فى عمل اليوم والليلة (٦/ ١١٤) (١٢٠٦٨) و (١٠٢٦٩) و (١٠٢٧٠) و (١٠٢٧٢)، وابن حبان (٩٢٥) وابن المبارك فى الزهد (١١٣٨)، والبغوى فى شرح السنة (٥/ ٩٤ - ٩٥) من حديث أبى هريرة .

والطمأنينة: الأبناء، كل هذا يتحقق بسبب الاستغفار.

ج- الفزع والتضرع إلى الله ودعاؤه فى الشدائد:

وهذه الأمور سبب فى كشف الضر عن النفس الإنسانية إذا وقع، وإذا لم يقع فإنها تكون سببا فى دفعها عن النفس، وبذلك تكون وقاية للنفس الإنسانية، قال الله - تعالى -: ﴿أَمَّن يُجِيبُ ٱلْمُضْطَرَّ إِذَا دَعَاهُ وَيَكْشِفُ ٱلسُّوٓءَ وَيَجْعَلُكُمْ خُلَفَآءَ ٱلْأَرْضِ ۗ أَءِلَٰهٌ مَّعَ ٱللَّهِ ۚ قَلِيلًا مَّا تَذَكَّرُونَ﴾ [النمل: ٦٢].

وعن عبادة بن الصامت - رضى الله عنه - أن رسول الله ﷺ قال: «مَا عَلَى الأَرْضِ مُسْلِمٌ يَدْعُو اللهَ تَعَالَى بِدَعْوَةٍ إِلَّا آتَاهُ اللهُ إِيَّاهَا، أَوْ صَرَفَ عَنْهُ مِنَ السُّوءِ مِثْلَهَا، مَا لَمْ يَدْعُ بِإِثْمٍ أَوْ قَطِيعَةِ رَحِمٍ» فَقَالَ رَجُلٌ مِنَ الْقَوْمِ: إِذَنْ نُكْثِرُ، قَالَ: «اللهُ أَكْثَرُ»(١).

د - الشعائر التعبدية:

من صلاة وصيام والوضوء والغسل بل وسنن الفطرة كالسواك، كل هذه الأمور تقى النفس من أضرار كثيرة وتحفظها من آفات، وقد أثبت الطب الحديث ما للشعائر

---

(١) أخرجه الترمذى (٥/ ٥٣٣ - ٥٣٤) أبواب الدعوات باب فى انتظار الفرج وغير ذلك (٣٥٧٣) وعبد الله بن أحمد فى زياداته (٥/ ٣٢٩)، والطحاوى فى شرح المشكل (٨٨١)، والطبرانى فى الأوسط (١٤٧)، وفى الدعاء له (٧٦)، وانظر صحيح الترمذى للعلامة الألبانى (٢٨٢٧)، وله شواهد عن أبى هريرة وأبى سعيد الخدرى:

حديث أبى هريرة:

رواه أحمد كما فى مجمع الزوائد (١٠/ ١٥١) بلفظ: «ما من مسلم ينصب وجهه لله - عز وجل - فى مسألة إلا أعطاه إياها إما أن يعجلها له، وإما أن يدخرها له».

وقال: رواه أحمد ورجاله ثقات وفى بعضهم خلاف. وفى لفظ لأبى يعلى فى المسند: «ما من مسلم يدعو بشىء إلا استجاب له فيه: فإما أن يعطيه إياه، وإما أن يكفر عنه مأثمًا ما لم يدع بإثم أو قطيعة رحم».

وقال: وفيه ليث بن أبى سليم وهو مدلس وبقية رجاله ثقات حديث أبى سعيد الخدرى: أخرجه أحمد وأبو يعلى بنحوه والبزار والطبرانى فى الأوسط كما فى مجمع الزوائد (١٠/ ١٥١) بلفظ: «ما من مسلم يدعو بدعوة ليس فيها إثم ولا قطيعة رحم إلا أعطاه الله بها إحدى ثلاث إما أن يعجل له دعوته وإما أن يدخرها فى الآخرة، وإما أن يصرف عنه من السوء مثلها قالوا إذن نكثر قال: الله أكثر».

وقال: ورجال أحمد وأبى يعلى وأحد إسنادى البزار رجاله رجال الصحيح غير على بن على الرفاعى وهو ثقة.

التعبدية وسنن الفطرة من أهمية فى وقاية الإنسان من الأمراض والآفات، إضافة إلى أنها تقيه عذاب الله فى يوم القيامة إذا هو أداها على وجهها.

هـ- التيسيرات فى أداء العبادات.

إذا كان الله - سبحانه وتعالى - أوجب على عباده فرائض تعبدية، فإنه سبحانه وتعالى فى حالة عجز الإنسان عن إتمام هذه الفرائض أو عدم أدائها بالكلية، يسر على العباد فى تأديتها؛ حفظا للنفس ووقاية لها من التلف أو الهلاك، فأجاز الفطر للمرأة الحامل والمرضع والشيخ الكبير والمريض والمسافر والحائض والنفساء، وغير ذلك من الأحكام التى تذهب الهم والحزن وتطمئن القلب وتريح النفس وتقيها من الأمراض وتحفظها من الهلاك، واستحب الإسلام للعبد الأخذ بالرخصة، فقال عليه الصلاة والسلام: «إِنَّ اللهَ يُحِبُّ أَنْ تُؤْتَى رُخَصُهُ كَمَا يُحِبُّ أَنْ تُؤْتَى عَزَائِمُهُ»[1].

قال الله تعالى: ﴿شَهْرُ رَمَضَانَ ٱلَّذِىٓ أُنزِلَ فِيهِ ٱلْقُرْءَانُ هُدًى لِّلنَّاسِ وَبَيِّنَٰتٍ مِّنَ ٱلْهُدَىٰ وَٱلْفُرْقَانِ فَمَن شَهِدَ مِنكُمُ ٱلشَّهْرَ فَلْيَصُمْهُ وَمَن كَانَ مَرِيضًا أَوْ عَلَىٰ سَفَرٍ فَعِدَّةٌ مِّنْ أَيَّامٍ أُخَرَ يُرِيدُ ٱللَّهُ بِكُمُ ٱلْيُسْرَ وَلَا يُرِيدُ بِكُمُ ٱلْعُسْرَ﴾ [البقرة: ١٨٥].

و - أحل الله الطيبات وحرم الخبائث:

لقد اعتنى القرآن الكريم بالأساس الأول للحياة الإنسانية الذى يحفظ النفس ويقيها الأمراض والآفات والهلكة وهو الغذاء، فهو على قمة أساسيات الحياة التى تكفل بها لآدم أبى البشر فى الجنة، فقد جاء فى القرآن الكريم ما يشير إلى ذلك؛

---

(١) أخرجه أحمد (٢/ ١٠٨)، وابن حبان فى صحيحه (٦/ ٤٥١) (٢٧٤٢)، (٨/ ٣٣٣) (٣٥٦٨) لكن فى الموضع الثانى بلفظ «كما يحب أن تؤتى عزائمه»، والبزار (١/ ٤٦٩) (٩٨٨، ٩٨٩ - كشف الأستار)، والبيهقى (٣/ ١٤٠) كتاب: الصلاة، باب: كراهية ترك التقصير والمسح على الخفين وما يكون رخصة رغبة عن السنة .

والخطيب فى تاريخه (١٠/ ٣٤٧)، والقضاعى فى مسند الشهاب (١٠٧٨) قال الهيثمى فى المجمع (٣/ ١٦٥): «رواه أحمد ورجاله رجال الصحيح والبزار والطبرانى فى الأوسط وإسناده حسن» اهـ .

وله شاهد من حديث ابن عباس رواه الطبرانى فى الكبير (١١٨٨٠، ١١٨٨١)، وابن حبان فى صحيحه (٢/ ٦٩) (٣٥٤)، والبزار (٩٩٠ - كشف)، وأبو نعيم فى الحلية (٨/ ٢٧٦)، قال الهيثمى فى المجمع (٣/ ١٦٥): «رواه الطبرانى فى الكبير والبزار ورجال البزار ثقات وكذلك رجال الطبرانى». اهـ .

وللحديث شواهد أخرى يراجع لها مجمع الزوائد (٣/ ١٦٥ - ١٦٦) .

حيث قال الله تعالى: ﴿إِنَّ لَكَ أَلَّا تَجُوعَ فِيهَا وَلَا تَعْرَىٰ وَأَنَّكَ لَا تَظْمَؤُا۟ فِيهَا وَلَا تَضْحَىٰ﴾ [طه: ١١٨-١١٩].

وفى معرض امتنان الله على الإنسان بالنعم ذكر الطيبات، فقال: ﴿وَلَقَدْ كَرَّمْنَا بَنِىٓ ءَادَمَ وَحَمَلْنَٰهُمْ فِى ٱلْبَرِّ وَٱلْبَحْرِ وَرَزَقْنَٰهُم مِّنَ ٱلطَّيِّبَٰتِ وَفَضَّلْنَٰهُمْ عَلَىٰ كَثِيرٍ مِّمَّنْ خَلَقْنَا تَفْضِيلًا﴾ [الإسراء: ٧٠] وأمر جل وعلا الناس بأكل الطيبات، وخص المؤمنين بالطيبات من الرزق، فقال: ﴿يَٰٓأَيُّهَا ٱلنَّاسُ كُلُوا۟ مِمَّا فِى ٱلْأَرْضِ حَلَٰلًا طَيِّبًا﴾ [البقرة: ١٦٨]، وقال: ﴿يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُوا۟ كُلُوا۟ مِن طَيِّبَٰتِ مَا رَزَقْنَٰكُمْ وَٱشْكُرُوا۟ لِلَّهِ إِن كُنتُمْ إِيَّاهُ تَعْبُدُونَ﴾ [البقرة: ١٧٢] والتعبير بطيبات الرزق يستلزم أمرين:

الأول: أن يكون الطعام من كسب مشروع، ليس فيه إخلال بحق فرد آخر أو بحقوق الجماعة.

الثانى: أن يكون الطعام طيبًا من الوجهتين الغذائية والصحية، وذلك بأن تتحقق فيه المقومات الغذائية اللازمة والواقية من أسباب المرض، وبعبارة أخرى: أن يكون الطعام طيبا كمًا ونوعًا؛ حتى يمد الجسم بالطاقة التى يحتاجها، ويمده كذلك بكل المواد المتنوعة اللازمة لحفظ نفسه واستمرار حياتها ووقايتها من الأمراض(١).

وإذا كان الله - جل وعلا - دل الناس على الطيبات وحضهم على الاستمتاع وأحلها لهم فى قوله تعالى: ﴿وَيُحِلُّ لَهُمُ ٱلطَّيِّبَٰتِ﴾ [الأعراف: ١٥٧] فإنه نهى الناس عن الاقتراب من الخبائث التى تضر بأبدانهم وأجسامهم فقال جل وعلا: ﴿وَيُحَرِّمُ عَلَيْهِمُ ٱلْخَبَٰٓئِثَ﴾ [الأعراف: ١٥٧]، فنهى الإسلام عن كل ما يضر بصحة الإنسان من أكل الميتة وأكل لحم الخنزير، وأمر باجتناب المواد الضارة كالمسكرات والمخدرات والتدخين، «وكل ما أحل الله - تعالى - من المأكل فهو طيب نافع فى البدن والدين، وكل ما حرمه فهو خبيث ضار فى البدن والدين»(٢).

والآيات والأحاديث المحرمة للمأكولات الضارة والمشروبات الضارة كثيرة، من ذلك قوله تعالى: ﴿إِنَّمَا حَرَّمَ عَلَيْكُمُ ٱلْمَيْتَةَ وَٱلدَّمَ وَلَحْمَ ٱلْخِنزِيرِ وَمَآ أُهِلَّ بِهِۦ لِغَيْرِ ٱللَّهِ﴾ [البقرة: ١٧٣]، وقال تعالى شأنه: ﴿يَسْـَٔلُونَكَ عَنِ ٱلْخَمْرِ وَٱلْمَيْسِرِ قُلْ فِيهِمَآ

---

(١) انظر: الحل الإسلامى لمشكلة الغذاء للدكتور حلمى عبد المنعم صابر ص١٨٣، ١٨٤ .
(٢) ينظر تفسير القرآن العظيم لابن كثير (٢/ ٢٥٤) .

﴿إِثْمٌ كَبِيرٌ وَمَنَٰفِعُ لِلنَّاسِ وَإِثْمُهُمَآ أَكْبَرُ مِن نَّفْعِهِمَا﴾ [البقرة: ٢١٩] والإثم: الضرر، و «نهى الرسول عليه الصلاة والسلام عن كل مسكر ومُفَتِّرٍ»[١] .

حـ - النهى عن الإسراف فى المأكل والشرب:

قال تعالى: ﴿وَكُلُوا۟ وَٱشْرَبُوا۟ وَلَا تُسْرِفُوٓا۟ ۚ إِنَّهُۥ لَا يُحِبُّ ٱلْمُسْرِفِينَ﴾ [الأعراف: ٣١].

وشهوة البطن من أعظم المهلكات، وأكثر الأمراض ناتجة عنها، حتى قيل: بيت الداء المعدة، وقال الرسول - عليه أفضل الصلاة والسلام -: «مَا مَلأَ ابْنُ آدَمَ وِعَاءً شَرًّا مِنْ بَطْنِهِ، بِحَسْبِ ابْنِ آدمَ لُقَيْمَاتٌ يُقِمْنَ صُلْبَهُ، فَإِنْ كَانَ لَا مَحَالَةَ فَثُلُثٌ لِطَعَامِهِ، وَثُلُثٌ لِشَرَابِهِ، وَثُلُثٌ لِنَفْسِهِ»[٢] .

ومعنى هذا أن الإسراف فى المأكل والمشرب حتى الامتلاء والشبع مجلبة للأمراض مهلكة للنفس، وواقعنا المعيش يشهد بذلك، فقد تفشت الأمراض والأوجاع بسبب شراهة الناس فى الأكل والشرب، ولو أنهم اتبعوا هدى الإسلام

---

(١) أخرجه أبو داود (٢/ ٣٥٤) كتاب: الأشربة، باب: النهى عن المسكر (٣٦٨٦)، والبيهقى فى السنن الكبرى (٨/ ٢٩٦)، كتاب: الأشربة، باب: ما أسكر كثيره فقليله حرام .

(٢) هو من حديث المقدام بن معد يكرب الكندى، ورد عنه من ثلاث طرق:

- طريق يحيى بن جابر الطائى:

أخرجه أحمد (٤/ ١٣٢)، والترمذى (٤/ ١٨٨)، أبواب الزهد باب ما جاء فى كراهية كثرة الأكل (٢٣٨٠)، والنسائى فى الكبرى (٤/ ١٧٧)، كتاب: آداب الأكل، باب: ذكر القدر الذى يستحب للإنسان من الأكل (٦٧٦٩)، وابن حبان (٦٧٤)، والطبرانى فى الكبير (٢٠/ ٦٤٤، ٦٤٥)، والشهاب للقضاعى (١٣٤٠) و (١٣٤١)، والحاكم (٤/ ١٢١، ٣٣١)، والخطيب فى الفقيه والمتفقه (٢/ ١٠٤) من طرق عنه عن المقدام بلفظ: ما ملأ آدمى وعاء شرًّا من بطنٍ، بحسب ابن آدم أكلات يقمن صلبه، فإن كان لا محالة فثلث لطعامه وثلث لشرابه وثلث لنفسه» .

- طريق صالح بن يحيى:

أخرجه النسائى فى الكبرى (٦٨٦٨) من طريق أبى سلمة عنه عن جده المقدام بلفظ: «ما ملأ آدمى وعاء شرًّا من بطنه، حسب الآدمى لقمات يقمن صلبه، فإن غلبته نفسه - ثم ذكر كلمة معناها - فثلث طعام وثلث شراب وثلث للنفس» .

- طريق جدة محمد بن حرب:

أخرجه ابن ماجه (٥/ ٦٢) كتاب: الأطعمة، باب: الاقتصاد فى الأكل (٣٣٤٩) من طريق محمد بن حرب قال: حدثتنى أمى عن أمها عن المقدام بلفظ: «ما ملأ آدمى وعاء شرًّا من بطنه، حسب الآدمى لقيمات يقمن صلبه، فإن غلبت الآدمى نفسه فثلث للطعام وثلث للشراب وثلث للنفس» .

لكان ذلك سببًا فى بقاء القوة، وصحة البدن، واجتماع الهمة، وصفاء الفكر؛ لأن زيادة الأكل تورث كثرة النوم، وبلادة الذهن، وتجلب الأمراض.

ولتكتمل الفائدة يجب اتباع آداب الإسلام فى المأكل والمشرب.

لأنها آداب تقى الإنسان من الأمراض والأضرار.

خ - اجتناب التعرض للعدوى:

نهى الإسلام عن أن يعرض الإنسان نفسه للعدوى، فقال الله - سبحانه -: ﴿وَلَا تَقْرَبُوا الزِّنَىٰٓ إِنَّهُۥ كَانَ فَٰحِشَةً وَسَآءَ سَبِيلًا﴾ [الإسراء: ٣٢] والنهى هنا نابع مما يترتب على جريمة الزنى من أمراض فتاكة تترتب على ارتكابه، من مثل: السيلان والزهرى والإيدز، وغيرها.

يقول أحد الأطباء الغربيين: «إن المشكلة التى تواجهنا اليوم هى تبدل القيم الأخلاقية التى شجعت وتشجع على إقامة العلاقات الجنسية المحرمة، وهذه بدورها سببت ازديادًا حادًّا فى إصابات الأمراض الناتجة عن الإباحية الجنسية»[(١)]

وهذه الأمراض تأتى على الشباب وقوتهم فلا تتركهم صالحين لأى عمل نافع؛ لأن مرض السيلان يسبب مضاعفات خطيرة إذا أهمل، ومرض الزهرى - كما يقول أحد الأطباء الغربيين -: «أفتك وأضر بمائة مرة من مرض شلل الأطفال»[(٢)].

ومعنى هذا أن الإسلام عندما ينهى عن الزنى واقترابه؛ فإنما يؤمن النفس البشرية من خطر داهم يتربص بها.

وليس هذا فحسب بل نهى الإسلام عن فعل قوم لوط؛ لأنه أعظم ضررًا من الزنى، فقال النبى - عليه الصلاة والسلام -: «إِنَّ أَخْوَفَ مَا أَخَافُ عَلَى أُمَّتِى عَمَلُ قَوْمِ لُوطٍ»[(٣)]. ونهى الإسلام عن الاقتراب من مناطق العدوى، فقال رسول الله

(١) التدابير الواقية من الزنى فى الفقه الإسلامى للدكتور فضل إلهى (الرياض) ص٤٦ .

(٢) السابق ص٤٩ .

(٣) أخرجه أحمد (٣/ ٣٨٢)، والترمذى (٣/ ١٢٥)، أبواب الحدود، باب: ما جاء فى حد اللوطى (١٤٥٧)، وابن ماجه (٤/ ١٧٥)، كتاب: الحدود، باب: من عَمِلَ عمل قوم لوط (٢٥٦٣)، والحاكم (٤/ ٣٥٧) وصححه ووافقه الذهبى من طريق عبد الله بن محمد بن عقيل عن جابر. . . فذكره، وذكره ابن حبان فى المجروحين (٢/ ٤) فى ترجمة عبد الله بن محمد بن عقيل، وقال عنه: كان ردىء الحفظ، كان يحدث على التوهم فيجىء بالخبر على غير سننه، فلما كثر ذلك فى أخباره وجب مجانبتها والاحتجاج بضدها. وقال عنه الحافظ =

ﷺ: «إِذَا سَمِعْتُمْ بِالطَّاعُونِ بِأَرْضٍ فَلَا تَدْخُلُوهَا»(١)

ولذلك جاءت القاعدة الإسلامية العظيمة العامة تنهى عن اقتراب الفواحش ما ظهر منها وما بطن؛ وقاية للنفس وحفظًا لها، قال الله - تعالى -: ﴿وَلَا تَقْرَبُوا

= في التلخيص ص (٥٤٢):

صدوق في حديثه لين، ويقال: تغير بآخره .

وقال الذهبي في ترجمته في ميزان الاعتدال (٤/ ١٧٥ - ١٧٦) بعد أن ساق أقوال أهل العلم فيه: حديثه في مرتبة الحسن. اهـ .

وللحديث شاهد ضعيف عن ابن عباس: أخرجه: ابن عدي في الكامل (٢/ ١٧٤) .

(١) أخرجه البخاري (١١/ ٣٣٢) كتاب: الطب، باب: ما يذكر في الطاعون (٥٧٢٨)، ومسلم (٤/ ١٧٣٩) كتاب: السلام، باب: الطاعون والطيرة (٩٧/ ٢٢١٨)، وأحمد (١/ ١٧٧، ١٨٢، ٢٠٦، ٢١٣)، وعبد بن حميد (١٥٥)، من طريق إبراهيم بن سعد قال: سمعت أسامة بن زيد يحدث سعدًا عن النبي ﷺ أنه قال. . . فذكره .

وأخرجه البخاري (٧/ ١٩٤) كتاب: أحاديث الأنبياء (٣٤٧٣)، ومسلم (٩٢/ ٢٢١٨) ومالك في الموطأ (٢/ ٧٩٦) كتاب الجامع، باب ما جاء في الطاعون (٢٣)، وأحمد (٥/ ٢٠٢، ٢٠٧)، والحميدي (٥٤٤) من طريق عامر بن سعد عن أبيه أنه سمعه يسأل أسامة بن زيد: ماذا سمعت من رسول الله ﷺ في الطاعون فقال أسامة. . . فذكره بنحوه. وفي الباب عن سعد بن أبي وقاص، وعبد الرحمن بن عوف .

حديث سعد بن أبي وقاص

أخرجه أحمد (١/ ١٧٤، ١٧٦، ١٨٠)، وأبو داود (٢/ ٤١٢) كتاب: الطب، باب: الطيرة (٣٩٢١)، من طريق سعيد بن المسيب قال: سألت سعد بن أبي وقاص عن الطيرة؟ فانتهرني وقال: من حدثك؟ فكرهت أن أحدثه من حدثني، قال: قال رسول الله ﷺ «لا عدوى ولا طيرة ولا هام، إن تكن الطيرة في شيء ففي الفرس والمرأة والدار، وإذا سمعتم بالطاعون بأرض فلا تهبطوا، وإذا كان بأرض وأنتم بها فلا تفروا منها .

وأخرجه أحمد (١/ ١٧٣، ١٧٥، ١٧٦) من طريق يحيى بن سعيد عنه بلفظ: «إن الطاعون ذكر عند رسول الله، فقال: إنه رجز أصيب به من كان قبلكم فإذا كان بأرض فلا تدخلوها، وإذا كنتم بأرض وهو بها فلا تخرجوا منها» .

حديث عبد الرحمن بن عوف:

أخرجه البخاري (٥٧٣٠)، ومسلم (١٠٠/ ٢٢١٩)، ومالك (٢/ ٨٩٦) (٢٤)، وأحمد (١/ ١٩٤) من طرق عن عبد الله بن عامر بن ربيعة، عنه بلفظ «إذا سمعتم به بأرض فلا تقدموا عليه، وإذا وقع بأرض وأنتم بها فلا تخرجوا فرارًا منه» واللفظ للبخاري .

وأخرجه البخاري (٥٧٢٩)، ومسلم (٩٨/ ٢٢١٩)، ومالك (٢/ ٨٩٤ - ٨٩٥) (٢٢)، وأحمد (١/ ١٩٤)، وأبو داود (٢/ ٢٠٣) كتاب: الجنائز، باب: الخروج من الطاعون (٣١٠٣) من طريق عبد الله بن عباس أن عمر بن الخطاب خرج إلى الشام. . . فذكره في سياق طويل .

ﱡﭐﭐﭐﭐﭐﭐﭐﭐ ﴿الْفَوَاحِشَ مَا ظَهَرَ مِنْهَا وَمَا بَطَنَ﴾ [الأنعام: ١٥١].

ط - اجتناب التعرض للإصابات:

من الهدى العظيم فى الإسلام أمره بالتوقى حتى لا تصاب النفس بسوء؛ فقد قال الرسول ﷺ: «إِذَا عَرَّسْتُمْ فَاجْتَنِبُوا الطَّرِيقَ؛ فَإِنَّهَا طُرُقُ الدَّوَابِّ، وَمَأْوَى الْهَوَامِّ بِاللَّيْلِ»(١) . ومعنى عرستم نزلتم للنوم بالليل فى السفر.

وقال ﷺ: «إِذَا أَوَى أَحَدُكُمْ إِلَى فِرَاشِهِ فَلْيَنْفُضْ فِرَاشَهُ بِدَاخِلَةِ إِزَارِهِ؛ فَإِنَّهُ لَا يَدْرِى مَا خَلَفَهُ»(٢) .

ومن هديه - عليه الصلاة والسلام -: إطفاء المصباح عند النوم، وغلق الأبواب، وربط أفواه الأسقية، وتغطية الطعام والشراب، قال ﷺ: «أَطْفِئُوا الْمَصَابِيحَ إِذَا رَقَدْتُمْ، وَغَلِّقُوا الأَبْوَابَ، وَأَوْكُوا الأَسْقِيَةَ، وَخَمِّرُوا الطَّعَامَ وَالشَّرَابَ»(٣)، ومعنى «أوكوا الأسقية»: اربطوا أفواه، وخمروا: غطوا، والأحاديث فى هذا الباب كثيرة.

وبعامة، فالإنسان مطالب تجاه نفسه أن يحافظ عليها وأن يتوقى ما يضر بها؛ لأن هذا مبدأ إسلامى أصيل بَيَّنَهُ رسول الله - عليه الصلاة والسلام - عندما قال: «إِنَّ

---

(١) أخرجه مسلم (٣/ ١٥٢٥) كتاب: الإمارة، باب: مراعاة مصلحة الدواب (١٧٨/ ١٩٢٦) من حديث أبى هريرة .

(٢) أخرجه البخارى (١٢/ ٤٠٩) كتاب: الدعوات، باب: (١٣) (٦٣٢٠)، ومسلم (٤/ ٢٠٨٤)، كتاب: الذكر والدعاء، باب: ما يقول عند النوم (٦٤/ ٢٧١٤)، وأحمد (٢/ ٤٢٢، ٤٣٢)، وأبو داود (٢/ ٧٣٢) كتاب: الأدب، باب: ما يقول عند النوم (٥٠٥٠)، والنسائى فى عمل اليوم والليلة (٦/ ١٩٨) (١٠٦٢٧) من طريق سعيد بن أبى سعيد المقبرى عن أبيه عن أبى هريرة .

وأخرجه البخارى (١٥/ ٣٣١) كتاب التوحيد باب السؤال بأسماء - الله - تعالى والاستعاذة بها (٧٣٩٣)، وأحمد (٢/ ٢٤٦، ٢٨٣، ٢٩٥، ٤٣٢)، والترمذى (٥/ ٤٠٦ - ٤٠٧)، أبواب الدعوات، باب (٢٠) (٣٤٠١)، وابن ماجه (٥/ ٣٨٧) كتاب: الدعاء، باب: ما يدعو به إذا أوى إلى فراشه (٣٨٧٤)، والنسائى فى عمل اليوم والليلة (١٠٦٢٨)، (١٠٦٢٩)، وابن حبان (٥٥٣٥)، والطبرانى فى الدعاء (٢٥٤)، (٢٥٥)، (٢٥٦)، وابن السنى فى عمل اليوم والليلة (٧٦٥)، والبيهقى فى الأسماء والصفات (١/ ١٢٥) من طريق سعيد المقبرى عن أبى هريرة. . . فذكره ولم يذكر عن أبيه .

وأخرجه النسائى فى عمل اليوم والليلة (١٠٦٣٠) عن أبى هريرة موقوفًا .

(٣) أخرجه البخارى (١٢/ ٣٦١) كتاب: الاستئذان، باب: غلق الأبواب بالليل (٦٢٩٦)، ومسلم (٣/ ١٥٩٥) كتاب الأشربة، باب الأمر بتغطية الإناء وإيكاء السقاء (٩٧/ ٢٠١٢) من حديث جابر .

لِنَفْسِكَ عَلَيْكَ حَقًّا»[١] وهو مبدأ يتفرد به الإسلام عن غيره من الشرائع. ويحقق الإنسان هذا المبدأ بأمرين كشف عنهما الإمام الشاطبى فى الموافقات:

أحدهما: ما يقيم أركان النفس ويثبت قواعدها؛ وذلك عبارة عن مراعاتها من جانب الوجود.

والثانى: ما يدرأ عنها الاختلال الواقع أو المتوقع، و ذلك عبارة عن مراعاتها من جانب العدم[٢].

فهذا التصنيف البديع يتضمن نوعين من التدابير تدابير تقيم أركان الصحة الجسمية أو النفسية أو البيئية وتثبت قواعدها، أى تراعيها من جانب الوجود بتعبير الشاطبى، وتشمل هذه التدابير كل ما يحافظ على النفس البشرية، ويعتبر الإسلام التقصير فى تحقيق هذه الغاية نوعًا من العدوان، فالتغذية مثلا تدبيرٌ معززٌ حافظ للنفس، والامتناع عن الغذاء الطيب بلا مسوغ مشروع يعد عدوانًا، دليل ذلك قوله تعالى: ﴿يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُواْ لَا تُحَرِّمُواْ طَيِّبَٰتِ مَآ أَحَلَّ ٱللَّهُ لَكُمْ وَلَا تَعْتَدُوٓاْ إِنَّ ٱللَّهَ لَا يُحِبُّ ٱلْمُعْتَدِينَ وَكُلُواْ مِمَّا رَزَقَكُمُ ٱللَّهُ حَلَٰلًا طَيِّبًا﴾ [المائدة: ٨٧، ٨٨].

والنوع الثانى من التدابير: تدابير تدرأ عن الصحة الجسمية أو النفسية أو البيئية، الاختلال الواقع أو المتوقع، وهى التى أشرنا إلى بعضها فيما سبق.

٣ - الوقاية من الكوارث من قبل المجتمع:

يتلخص هذا النوع من الوقاية فى منع «الضرار»، وهو الإضرار بالغير؛ امتثالا لقول النبى - عليه الصلاة والسلام -: «مَنْ ضَارَّ أَضَرَّ اللهُ بِهِ»[٣].

ولذلك كان من حق الإنسان على أفراد مجتمعه مثلا ألا يدخن أحد منهم فى مركبة مغلقة (سيارة أو طائرة أو قطار) فيلحق الضرر بالآخرين ويعرضهم للأمراض والهلاك.

---

(١) هو جزء من حديث طويل عن عائشة أخرجه أحمد (٦/ ٢٦٨)، وأبو داود (١/ ٤٣٥) كتاب: الصلاة، باب: ما يؤمر به من القصد فى الصلاة (١٣٦٩).

(٢) ينظر الموافقات ٢/ ٨.

(٣) أخرجه أحمد (٣/ ٤٥٣)، وأبو داود (٢/ ٣٣٩) كتاب: الأقضية، أبواب من القضاء (٣٦٣٥)، والترمذى (٣/ ٤٩٥) أبواب البر والصلة، باب: ما جاء فى الخيانة والغش (١٩٤٠)، وابن ماجه (٤/ ٢٧) كتاب: الأحكام، باب: من بنى فى حقه ما يضر بجاره (٢٣٤٢)، والطبرانى فى الكبير (٢٢/ ٨٢٩، ٨٣٠)، والدولابى فى الكنى (١/ ٤٠) والبيهقى (٦/ ٧٠) من حديث أبى صرمة، وقال الترمذى: حسن غريب.

بل لقد عدّ رسول الله ﷺ من حق الإنسان على سائر أفراد المجتمع أن يتخذوا جميع الاحتياطات الكفيلة لوقاية أنفسهم من كل أذى أو ضرر، فقال مثلا: «مَنْ مَرّ فى شَىْءٍ مِنْ مَسَاجِدِنَا أَوْ أَسْوَاقِنَا وَمَعَهُ نَبْلٌ، فَلْيُمْسِكْ أَوْ لِيَقْبِضْ عَلَى نِصَالِهَا بِكَفِّهِ؛ أَنْ يُصِيبَ أَحَدًا مِنَ الْمُسْلِمِينَ مِنْهَا بِشَىْءٍ»[1] .

وعَدّ - عليه الصلاة والسلام - أيضا من حق الإنسان على سائر أفراد المجتمع أن يتخذوا جميع الاحتياطات الكفيلة بوقايته من الأمراض المعدية، وهذا يندرج تحت القاعدة العامة «لا ضرر ولا ضرار»[2] ، كما وردت نصوص خاصة فى هذا الشأن، منها ما قاله المصطفى - عليه الصلاة والسلام -: «لا يُورِدُ المُمْرِضُ عَلَى المُصِحّ»، وقال: «لَا عَدْوَى وَلَا طِيَرَةَ»[3] ، فهذا نهى عن العدوى وليس نفيا لها، فمن حق الإنسان - فيما أرى - على أخيه المصاب بمرض من الأمراض المعدية أن يعتزل هذا المصاب مجامع الناس ومحافلهم ومساجدهم ريثما يصبح غير مُعدٍ لهم.

٤ - دعوة الإسلام إلى المحافظة على البيئة التى يعيش فيها الإنسان:

يدعو الإسلام - فيما يدعو إليه لوقاية النفس الإنسانية والمحافظة عليها - إلى بيئة صحية نظيفة، فقد جاء النهى الصريح عن تلويث البيئة فى سنة النبى ﷺ حيث قال: «من آذى المسلمين فى طرقهم وجبت عليه لعنتهم»[4] ونهى - عليه السلام - عن

---

(١) أخرجه البخارى (٢/ ١١٨، ١١٩) كتاب الصلاة، باب المرور فى المسجد (٤٥٢)، ومسلم (٤/ ٢٠١٩) كتاب: البر والصلة، باب: أمر من مر بسلاح فى مسجد أو سوق... (١٢٣/ ٢٦١٥)، وأحمد (٤/ ٣٩١، ٣٩٢، ٣٩٧، ٤٠٠، ٤١٠، ٤١٣، ٤١٨)، وأبو داود (٢/ ٣٦) كتاب الجهاد، باب: فى النبل يدخل به المسجد (٢٥٨٧)، وابن ماجه (٥/ ٣٢٣) كتاب: الأدب، باب: من كان معه سهام فليأخذ بنصالها (٣٧٧٨) وعبد الرزاق (١٧٣٥)، وابن خزيمة (١٣١٨)، والطحاوى (٤/ ٢٨٠)، وابن حبان (١٦٤٩)، والبيهقى (٨/ ٢٣) من حديث أبى موسى الأشعرى .

(٢) تقدم .

(٣) أخرجه البخارى (١١/ ٣٢٢) كتاب: الطب، باب لا صفر (٥٧١٧)، ومسلم (٤/ ١٧٤٣) كتاب: السلام، باب: لا عدوى ولا طيرة (١٠٤/ ٢٢٢١)، وأحمد (٢/ ٢٦٧، ٤٠٦، ٤٣٤)، وأبو داود (٢/ ٤١٠) كتاب الطب، باب فى الطيرة (٣٩١١)، وابن ماجه (٥/ ١٨٠ - ١٨١) كتاب: الطب، باب: من كان يعجبه الفأل (٣٥٤١)، وابن حبان (٦١١٥)، والبيهقى (٧/ ٢١٦، ٢١٧)، والبغوى فى شرح السنة (٦/ ٢٦٥) عن أبى هريرة .

(٤) أخرجه الطبرانى فى المعجم الكبير (٣/ ٢٠٠) من حديث حذيفة بن أسيد، وذكره الهيثمى فى المجمع (١/ ٢٠٤) وقال: إسناده حسن .

البول فى الماء الراكد: «لا يبولن أحدكم فى الماء الراكد»[1] ، وكان يقول: «اتقوا

---

(١) أخرجه مسلم (١/ ٢٣٥): كتاب: الطهارة، باب: النهى عن البول فى الماء الراكد، حديث (٩٥/ ٢٨٢)، وأحمد (٢/ ٣٦٢، ٤٩٢)، وأبو داود (١/ ٥٦): كتاب: الطهارة، باب: النهى عن البول فى الماء الراكد، حديث (٦٩)، والنسائى (١/ ١٧٥): كتاب: الطهارة، باب: النهى عن اغتسال الجنب فى الماء الدائم، والدارمى (١/ ١٥٢) كتاب: الطهارة، وأبو عوانة (١/ ٢٧٦)، وعبد الرزاق (١/ ١٨٩) رقم (٣٠٠)، وأبو عبيد فى «كتاب الطهور» (ص - ٢٢٣)، والحميدى (٢/ ٤٢٩) رقم (٩٦٩)، وابن الجارود فى المنتقى رقم (٥٤)، وأبو يعلى (١٠/ ٤٦١ - ٤٦٢) رقم (٦٠٧٦)، وابن خزيمة (١/ ٥٠) رقم (٦٦)، وابن حبان (١٢٤٨ - الإحسان)، والطحاوى فى شرح معانى الآثار (١/ ١٤) كتاب: الطهارة، والخطيب فى تاريخ بغداد (١٠/ ١٠٥)، والبيهقى (١/ ٩٧) كتاب: الطهارة، باب: النهى عن البول فى الماء الراكد، وابن حزم فى المحلى (١/ ١٣٩) كلهم من طريق محمد بن سيرين، عن أبى هريرة، عن رسول الله ﷺ قال: «لا يبولن أحدكم فى الماء الدائم، ثم يتوضأ منه» .

وللحديث طرق أخرى عن أبى هريرة:

فأخرجه مسلم (١/ ٢٣٥) كتاب: الطهارة، باب: النهى عن البول فى الماء الراكد، حديث (٩٦/ ٢٨٢)، وأبو عوانة (١/ ٢٧٦)، وعبد الرزاق (١/ ٨٩) رقم (٢٩٩)، وأحمد (٢/ ٣١٦)، والترمذى (١/ ١٠٠) كتاب: الطهارة، باب: كراهية البول فى الماء الراكد، حديث (٦٨)، وابن الجارود فى المنتقى رقم (٥٤)، والبيهقى (١/ ٩٧) كتاب: الطهارة، باب: النهى عن البول فى الماء الراكد، والبغوى فى شرح السنة (١/ ٣٧٤) من طريق همام بن منبه، عن أبى هريرة قال: «قال رسول الله ﷺ: «لا يبال فى الماء الدائم الذى لا يجرى، ثم يغتسل فيه» .

وأخرجه مسلم (١/ ٢٣٦) كتاب: الطهارة، باب: النهى عن البول فى الماء الراكد، حديث (٢٨)، وأبو عوانة (١/ ٢٧٦)، والنسائى (١/ ١٢٤ - ١٢٥) كتاب: الطهارة، باب: النهى عن اغتسال الجنب فى الماء الدائم، وابن ماجه (١/ ١٩٨) كتاب: الطهارة، حديث (٦٠٥)، وأبو عبيد فى «كتاب الطهور» (ص - ٢٢٥)، وابن الجارود فى المنتقى رقم (٥٦)، وابن خزيمة (١/ ٤٩ - ٥٠)، وابن حبان (١٢٤٩ - الإحسان)، والطحاوى فى شرح معانى الآثار (١/ ١٤) كتاب: الطهارة، والدارقطنى (١/ ٥١ - ٥٢) كتاب: الطهارة، باب: الاغتسال فى الماء الدائم، حديث (١)، والبيهقى (١/ ٢٣٧): كتاب: الطهارة .

كلهم من طريق ابن وهب، عن عمرو بن الحارث، عن بكير بن الأشج، عن أبى السائب مولى هشام بن زهرة، عن أبى هريرة قال: قال رسول الله ﷺ: «لا يغتسل أحدكم فى الماء الدائم، وهو جنب» فقال: كيف يفعل يا أبا هريرة؟ قال: يتناوله تناولاً .

وأخرجه أحمد (٢/ ٤٣٣)، وأبو داود (١/ ٦٦) كتاب: الطهارة، باب: البول فى الماء الراكد، حديث (٧٠)، وابن ماجه (١/ ١٢٤): كتاب: الطهارة، باب: النهى عن البول فى الماء الراكد، حديث (٣٤٤)، وابن أبى شيبة (١/ ١٤١)، وأبو عبيد فى «كتاب الطهور» (ص - ٢٢٢)، وابن حبان (١٢٥٤ - الإحسان)، والبيهقى (١/ ٢٣٨) من طريق عجلان، عن أبى هريرة قال: قال رسول الله ﷺ: «لا يبولن أحدكم فى الماء الدائم، =

اللاعنين» قالوا: وما اللاعنان؟ قال: «الذى يتخلى (يتغوط) فى طريق الناس وفى ظلهم»[(١)] ، ومن ذلك أيضًا قوله: «اتقوا الملاعن الثلاث: البراز فى الموارد وقارعة الطريق والظل»[(٢)] .

واللافت للنظر فى هذه الأحاديث استعمال لفظة «اللعن» ومشتقاتها، واللعن هو الطرد والنبذ والإبعاد، وهذا يدل على أن فاعل هذه الأعمال التى تلوث البيئة يسقط اعتباره اجتماعيًّا، ويصبح منبوذًا من مجتمعه.

الإسلام - إذن - يدعو إلى عدم تلويث البيئة، ويشدد فى ذلك؛ حماية للنفس البشرية من الأضرار والأمراض، ابتداءً من البيئة الصغيرة ومرورًا ببيئة الجوار؛ حيث يحرم على صاحب مصنع مثلا أن يسكب نفايات مصنعه فى المياه المشتركة بين الناس، وانتهاء بالبيئة العالمية التى تحفل بالعديد من الملوثات التى تسبب للإنسان العديد من الآثار المضرة: من ربو، وتهييج للجهاز التنفسى، وتخريب للصحة العامة.

= ولا يغتسل فيه من جنابة»، وأخرجه البخارى (١/ ٣٤٦): كتاب: الوضوء، باب: البول فى الماء الدائم، حديث (٢٣٩)، والنسائى (١/ ١٩٧) كتاب: الغسل والتيمم، باب: ذكر نهى الجنب عن الاغتسال فى الماء الدائم، وأبو عبيد فى «كتاب الطهور» (ص - ٢٢٢، ٢٢٣) من طريق أبى الزناد، عن الأعرج، عن أبى هريرة .

وأخرجه أحمد (٢/ ٣٤٦) من طريق حميد بن عبد الرحمن، عن أبى هريرة. وأخرجه (٢/ ٢٥٩)، والخطيب فى تاريخ بغداد (١٠/ ١٠٥) من طريق خلاس، عن أبى هريرة. وأخرجه ابن خزيمة (١/ ٥٠) رقم (٩٤)، وابن حبان (١٢٥٦ - الإحسان) من طريق عطاء بن ميناء، عن أبى هريرة أن رسول الله ﷺ قال: «لا يبولن أحدكم فى الماء الدائم ثم يتوضأ منه أو يشرب»، وأخرجه العقيلى فى الضعفاء (١/ ٢٤٢) من طريق الحسن بن محمد: ثنا محمد بن عمرو، عن أبى سلمة، عن أبى هريرة قال: نهى النبى ﷺ أن يبال فى الماء الراكد .

وقال العقيلى: الحسن بن محمد منكر الحديث. . والحديث غير محفوظ لا يتابع عليه، وقد روى عن أبى هريرة بإسناد صحيح .

(١) أخرجه مسلم (١/ ٢٢٦) كتاب: الطهارة، باب: النهى عن التخلى فى الطرق والظلال (٦٨/ ٢٦٩)، وأحمد (٢/ ٣٧٢)، وأبو داود (١/ ٥٣) كتاب: الطهارة، باب: المواضع التى نهى عن البول فيها (٢٥) من حديث أبى هريرة .

(٢) أخرجه أبو داود (٢٦) فى الموضع السابق، وابن ماجه (١/ ٢٩٠) كتاب: الطهارة وسننها، باب: النهى عن الخلاء على قارعة الطريق (٣٢٨)، والحاكم (١/ ١٦٧)، والبيهقى (١/ ٩٧) من حديث معاذ بن جبل. وله شاهد من حديث ابن عباس، أخرجه أحمد (١/ ٢٩٩) .

أضف إلى هذا أن الإسلام دعا إلى عدم استنفاد العناصر الضرورية للحفاظ على البيئة وضمان سلامتها، فنهى النبى - عليه الصلاة والسلام - عن الإسراف فى استعمال الماء حتى فى التنظيف والتطهير، - فروى عنه صلى الله عليه وسلم -: «أنه مر بنهر فنزل وأخذ قعبا معه فملأه من الماء، ثم تنحى عنه ثم توضأ، ففضل من ذلك الماء فرده إلى النهر وقال: يُبلغه الله إنسانًا أو دابة وأشباهه ينفعهم الله به»(١) ، وقال صلى الله عليه وسلم: «إنه سيكون فى هذه الأمة قوم يعتدون فى الطهور والدعاء»(٢) .

ومن الأمثلة المهمة الأخرى على استبقاء ما يحفظ البيئة الصحية: الحفاظ على الثروة النباتية والحيوانية.

فقد قال النبى - عليه الصلاة والسلام -: «من قطع سدرة صوَّب الله رأسه فى النار»(٣) ، وقد كان النبى ﷺ: أول من أنشأ محميات بيئية لا يجوز قطع شجرها ولا قتل حيوانها، فقد حمى رسول الله ﷺ كل ناحية من المدينة بريدًا بريدًا، لا يخبط (ينزع) شجرهُ، ولا يعضد (يقطع) إلا ما يساق به الجمل».

---

(١) أخرجه ابن حبان فى المجروحين (٣/ ١٤٧) فى ترجمة أبى بكر بن أبى مريم الغسانى، قال عنه ابن حبان: كان ردىء الحفظ يحدث بالشيء ويهم فيه، لم يفحش ذلك منه حتى استحق الترك، ولا سلك سنن الثقات حتى صار يحتج به؛ فهو عندى ساقط الاحتجاج به إذا انفرد .
قلت: وهذا الحديث مما انفرد به ولم يُتابع عليه .

(٢) أخرجه أحمد (٤/ ٨٦، ٨٧) و (٥/ ٥٥)، وعبد بن حميد (٥٠٠)، وأبو داود (١/ ٧٢) كتاب: الطهارة، باب: الإسراف فى الماء (٩٦)، وابن ماجه (٥/ ٣٨٠) كتاب الدعاء، باب: كراهية الاعتداء فى الدعاء (٣٨٦٤)، وابن حبان (٦٧٦٤)، والطبرانى فى الكبير (٥٨)، (٥٩)، والحاكم (١/ ١٦٢ ، ٥٤٠) من حديث عبد الله بن مغفل .

(٣) أخرجه النسائى فى الكبرى (٥/ ١٨٢) كتاب: السير، باب: قطع السدر، وأبو داود (٢/ ٧٨٢) كتاب: الأدب، باب: فى قطع السدر (٥٢٣٩)، والبيهقى (٦/ ١٣٩) كتاب: المزارعة، باب: ما جاء فى قطع السدرة، عن عبد بن حبشى .
وفى الباب عن جابر بن عبد الله، وعائشة، وعلى بن أبى طالب، وبهز بن حكيم عن أبيه عن جده، وعمرو بن أوس، وعروة بن الزبير .
حديث جابر:
أخرجه البيهقى فى السنن (٦/ ١٣٩) من طريق مسعدة بن الربيع عن ابن جريج عن عمرو بن دينار عنه، ثم قال: قال أبو على الحافظ: هكذا كتبناه من حديث مسعدة ولم يتابع، عليه، وأخطأ؛ وإنما رواه ابن جريج عن عمرو بن دينار عن عروة بن الزبير . . . قوله .
حديث عائشة: =

. . . .

= أخرجه الطبرانى فى الأوسط (٥/ ٣٧٩) (٥٦١٥) من طريق مليح بن وكيع بن الجراح قال نا أبى عن محمد بن شريك، عن عمرو بن دينار عن عمرو بن أوس عن عروة عنها بلفظ: «إن الذين يقطعون السدر يُصَبُّون فى النار على وجوههم صبا» .

قال الطبرانى: لم يرو هذا الحديث عن عمرو بن دينار إلا محمد بن شريك، تفرد به: مليح بن وكيع عن أبيه .

قلت: وليس كما قال، فإن ابن جريج قد تابع محمد بن شريك فى روايته عن عمرو بن دينار كما مر فى حديث جابر، ولم يتفرد به مليح بن وكيع عن أبيه؛ فقد تابعه القاسم بن أبى شيبة فى الرواية عنه كما فى السنن الكبرى للبيهقى (٦/ ١٤٠) .

وقال البيهقى: قال أبو على: ما أراه حفظه عن وكيع وقد تكلموا فيه - يعنى القاسم - والمحفوظ: رواية أبى أحمد الزبيرى ومن تابعه على روايته عن محمد بن شريك عن عمرو ابن دينار عن عمرو بن أوس عن عروة عن رسول الله ﷺمرسلاً .

وذكره الهيثمى فى المجمع (٨/ ١١٨) وقال: رجاله كلهم ثقات .

حديث على بن أبى طالب: أخرج الطبرانى فى الأوسط (٤/ ١٨٦) (٣٩٣٢) من طريق هشام بن سليمان عن إبراهيم بن يزيد عن عمرو بن دينار عن الحسن بن محمد بن على عن أبيه عنه بلفظ: اخرج ناد فى الناس: من الله لا من رسوله لعن الله قاطع السدر .

قال الطبرانى: لم يرو هذا الحديث عن عمرو بن دينار عن الحسن بن محمد إلا إبراهيم ابن يزيد ولا عن إبراهيم إلا هشام بن سليمان .

قلت تابعه على بن ثابت، وعلى بن هاشم بن البريد فى الرواية عن إبراهيم الخوزى كما فى البيهقى (٦/ ١٤٠) .

وقال البيهقى: قال أبو على: حديث إبراهيم بن يزيد مضطرب وإبراهيم ضعيف، وقال الهيثمى فى المجمع (٨/ ١١٨): رواه الطبرانى فى الأوسط وفيه إبراهيم بن يزيد وهو متروك .

حديث بهز بن حكيم عن أبيه عن جده:

أخرجه البيهقى من طريقين عنه (٦/ ١٤١) بلفظ: «قاطع السدر يصوب الله رأسه فى النار، من الله لا من رسوله لعن الله عاضد السدر» .

وذكره الهيثمى فى المجمع (٤/ ٧٢) وقال: رواه الطبرانى فى الكبير وفيه يحيى بن الحارث، قال العقيلى: لا يصح حديثه .

حديث عمرو بن أوس:

أخرج الطبرانى فى الكبير (١٧/ ٤١) (٨٦) من طريق الحسن بن عتبة: ثنا على بن هاشم عن إبراهيم بن يزيد عن عمرو به دينار وسليمان الأحول عن عمرو ابن شعيب عن أبيه عن جده عنه بلفظ: «من قطع السدر إلا من الزرع بنى الله له بيتًا فى النار» وأخرجه البيهقى فى السنن الكبرى (٦/ ١٤٠) من نفس الطريق السابق وقال: قال أبو على الحافظ: حديث إبراهيم بن يزيد مضطرب وإبراهيم ضعيف .

وذكره الهيثمى فى المجمع (٤/ ٧٢) وقال: فيه الحسن بن عنبسة ضعفه ابن قانع .

حديث عروة بن الزبير، أخرجه أبو داود (٢/ ٧٨٣ (٥٢٤٠) والبيهقى فى السنن الكبرى (٦/ ١٤٠) من طرق عنه وقال: وهذا هو المحفوظ عنه مرسلا . =

ويهدف الإسلام من وراء ذلك كله توفير بيئة صحية تقى النفس الإنسانية من الأمراض والآفات التى قد تؤدى إلى هلاكها.

٥ - الزواجر:

من أسباب تأمين النفس وحفظها ما يعرف فى الشريعة الإسلامية بالزواجر، وهى «العقوبات المقدرة وغير المقدرة كالتعازير»(١) .

حيث إن عقوبة الجناة والمفسدين لا تتم إلا بمؤلم يردعهم ويجعل الجانى نكالا وعظة لمن يريد أن يفعل فعله. ومن العقوبات المقدرة فى الشريعة الإسلامية الحافظة للنفس الإنسانية والواقية لها فى الوقت نفسه، ما يلى:

أ - القصاص:

شرع الله - سبحانه وتعالى - القصاص وإعدام القاتل؛ انتقامًا منه، وزجرًا لغيره، وتطهيرًا للمجتمع من الجرائم التى يضطرب فيها النظام العام ويختل الأمن، فقال: ﴿وَلَكُمْ فِي الْقِصَاصِ حَيَاةٌ يَا أُولِي الْأَلْبَابِ لَعَلَّكُمْ تَتَّقُونَ﴾ [البقرة: ١٧٩]، فلولا ما شرعه الله من القصاص لفسد العالم وأهلك الناس بعضهم بعضًا.

والقصاص الذى يكون فى النفس يشترط لوجوبه أربعة شروط:

الأول: أن يكون القاتل مكلفا، فأما الصبى والمجنون فلا قصاص عليهما؛ لقوله - عليه السلام -: «رفع القلم عن ثلاث: (عن الصبى حتى يبلغ، وعن المجنون حتى يفيق، وعن النائم حتى يستيقظ»(٢) وحكم قتلهما حكم قتل الخطأ؛ لأن عمدهما خطأ؛ لكونهما لا يصح منهما قصد صحيح؛ بدليل أنه لا يصح إقرارهما.

والثانى: كون المقتول معصومًا، فإن كان حربيًا أو مرتدًا أو قاتلا فى المحاربة أو زانيا محصنا، أو قتله دفعا عن نفسه أو ماله أو حرمته - فلا ضمان فيه؛ لأن دماءهم مهدرة، فلا يقتل قاتلهم وقد قال - عليه الصلاة والسلام -: «لا يحل دم امرئ مسلم

= ونقل البيهقى عن الإمام أحمد - رحمه الله - بعد أن ساق هذه الأحاديث إلا حديث بهز ابن حكيم عن أبيه عن جده قال أحمد: كل ذلك منقطع وضعيف إلا حديث ابن جريج؛ فإنى لا أدرى هل سمع سعيد من عبد الله بن حبشى أم لا، ويحتمل أن يكون سمعه، والله أعلم.
وانظر السلسلة الصحيحة الألبانى (٦١٤) و (٦١٥) .

(١) نظرية التأمين التعاونى للدكتور رجب عبد التواب ص٣٠٥ .

(٢) تقدم .

إلا بإحدى ثلاث: كفر بعد إيمان، أو زنى بعد إحصان، أو قتل نفس بغير حق»(١) .

والثالث: كون المقتول مكافئا للقاتل فيقتل الحر المسلم بالحر المسلم إجماعًا ذكرًا كان أو أنثى؛ لقوله تعالى: ﴿وَكَتَبْنَا عَلَيْهِمْ فِيهَآ أَنَّ ٱلنَّفْسَ بِٱلنَّفْسِ﴾ [المائدة: ٤٥]

واختلف فى قتل الحر بالعبد، فذهب جماعة إلى عدم قتله، وقال البعض: يقتل به؛ لعموم النص، ولقوله ﷺ: «المؤمنون تتكافأ دماؤهم»(٢) ، ولأنه معصوم قتل ظلمًا فيجب القصاص على قاتله كالحرين والعبدين.

والرابع: ألاّ يكون أبا للمقتول، فلا يقتل الوالد بولده وإن سفل؛ لما روى عمر ابن الخطاب وابن عباس أن رسول الله ﷺ قال: «لا يقتل والد بولده»(٣) .

---

(١) تقدم .

(٢) تقدم .

(٣) أخرجه الترمذى (٤/ ١٩) كتاب: الديات، باب: الرجل يقتل ابنه هل يقاد منه أم لا؟ حديث (١٤٠١)، وابن ماجه (٢/ ٨٨٨) كتاب: الديات، باب: لا يقتل الوالد بولده، حديث (٢٦٦١)، والدارمى (٢/ ١٩٠) كتاب: الديات، باب: القود بين الوالد والولد، والدارقطنى (٣/ ١٤٢) كتاب: الحدود والديات، حديث (١٨٥)، والبيهقى (٨/ ٣٩) كتاب: الجنايات، باب: الرجل يقتل ابنه، والسهمى فى تاريخ جرجان (ص ٤٢٩ - ٤٣٠)، وأبو نعيم فى الحلية (٤/ ١٨) كلهم من طريق إسماعيل بن مسلم عن عمرو بن دينار عن طاوس عن ابن عباس عن النبى ﷺ قال: «لا تقام الحدود فى المسجد، ولا يقاد بالولد الوالد» وقال الترمذى: لا نعرفه مرفوعًا إلا من حديث إسماعيل بن مسلم، وإسماعيل تكلم فيه بعض أهل العلم من قبل حفظه. ا هـ .

وقال أبو نعيم: غريب من حديث طاوس تفرد به إسماعيل عن عمرو. ا هـ .

قلت: لكنه لم يتفرد برفع هذا الحديث، فقد توبع على رفعه، تابعه سعيد بن بشير:

أخرجه الحاكم (٤/ ٣٦٩) من طريق أبى الجماهر محمد بن عثمان: ثنا سعيد بن بشير، ثنا عمرو بن دينار عن طاوس عن ابن عباس مرفوعًا بلفظ: «لا يقاد ولد من والده، ولا تقام الحدود فى المساجد» .

تابعه عبيد الله بن الحسن:

أخرجه الدارقطنى (٣/ ١٤٢) كتاب: الحدود والديات، حديث (١٨٤)، والبيهقى (٨/ ٣٩) كتاب: الجنايات، باب: الرجل يقتل ابنه، من طريق عقبة بن مكرم: ثنا أبو حفص التمار، ثنا عبيد الله بن الحسن العنبرى عن عمرو بن دينار عن طاوس عن ابن عباس، به. وتابعه قتادة أيضًا:

أخرجه البزار كما فى نصب الراية (٤/ ٣٤٠) عن قتادة عن عمرو بن دينار عن طاوس عن ابن عباس به .

ولأول الحديث شاهد من حديث جبير بن مطعم:

أخرجه الحارث بن أبى أسامة فى مسنده كما فى المطالب العالية (١/ ١٠٠) رقم =

وكما يكون القصاص فى النفس يكون فى الأطراف والجروح؛ لقوله تعالى: ﴿وَكَتَبْنَا عَلَيْهِمْ فِيهَآ أَنَّ ٱلنَّفْسَ بِٱلنَّفْسِ وَٱلْعَيْنَ بِٱلْعَيْنِ وَٱلْأَنفَ بِٱلْأَنفِ وَٱلْأُذُنَ بِٱلْأُذُنِ

= (٣٦٠)، وعزاه الحافظ هناك للحارث .

وذكره الهيثمى فى مجمع الزوائد (٢/ ٢٨) وقال: رواه الطبرانى فى الكبير، وفيه الواقدى وهو ضعيف. ا. هـ .

والحديث فى المعجم الكبير (٢/ ١٣٩ - ١٤٠) رقم (١٥٩٠) .

وفى الباب عن عمر بن الخطاب، وعبد الله بن عمرو، وسراقة بن مالك:

حديث عمر بن الخطاب:

أخرجه ابن الجارود فى المنتقى حديث (٧٨٨)، والدارقطنى (٣/ ١٤٠ - ١٤١) كتاب: الحدود والديات، حديث (١٨٦)، والبيهقى (٨/ ٣٨) كتاب: الجنايات، باب: الرجل يقتل ابنه، كلهم من طريق محمد بن عجلان عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن عبد الله بن عمرو قال: كانت لرجل من بنى مدلج جارية فأصاب منها ابنًا فكان يستخدمها، فلما شب الغلام دعا بها يومًا فقال: اصنعى كذا وكذا، فقال الغلام: لا تأتيك، حتى متى تستأمر أمى؟ قال: فغضب أبوه؛ فحذفه بسيفه فأصاب رجله - أو غيرها فقطعها، فنزف الغلام، فمات، فانطلق فى رهط من قومه إلى عمر فقال: يا عدو نفسه، أنت الذى قتلت ابنك؟ لولا أنى سمعت رسول الله ﷺ يقول: «لا يقاد الأب بابنه لقتلتك، هلم ديته»، قال: فأتاه بعشرين أو بثلاثين ومائة، بعير، قال: فتخير منها مائة فدفعها إلى ورثته وترك أباه .

قال البيهقى: وهذا إسناد صحيح .

وقال الحافظ فى تلخيص الحبير (٤/ ١٦): «وصحح البيهقى سنده؛ لأن رواته ثقات» .

وله طريق آخر:

أخرجه الترمذى (٤/ ١٨) كتاب: الديات، باب: الرجل يقتل ابنه، حديث (١٤٠)، وابن ماجه (٢/ ٨٨٨) كتاب: الديات، باب: لا يقتل الوالد بالولد، حديث (٢٦٦٢)، وأحمد (١/ ٤٩)، وابن أبى عاصم فى الديات (ص ٩٧)، وعبد بن حميد فى المنتخب من المسند (ص ٤٤) رقم (٤١)، والدارقطنى (٣/ ١٤٠) كتاب: الحدود والديات، كلهم من طريق الحجاج بن أرطأة عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده عن عمر بن الخطاب قال: سمعت رسول الله ﷺ يقول: «لا يقاد الوالد بالولد» .

قال الزيلعى فى نصب الراية (٤/ ٣٣٩): قال صاحب التنقيح: قال يحيى بن معين فى الحجاج: صدوق، ليس بالقوى، يدلس عن محمد بن عبيد الله العرزمى عن عمرو بن شعيب .

وقال ابن المبارك: كان الحجاج يدلس، فيحدثنا بالحديث عن عمرو بن شعيب مما يحدثه العرزمى. ا هـ .

لكن تابعه ابن لهيعة:

أخرجه أحمد (١/ ٢٢) من طريق ابن لهيعة عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده، قال أبو حاتم الرازى: لم يسمع ابن لهيعة من عمرو بن شعيب شيئًا. انظر المراسيل لابن أبى حاتم (١١٤) . وينظر: العدة شرح العمدة للمقدسى ص٤٩٢ وما بعدها .

وَٱلسِّنَّ بِٱلسِّنِّ وَٱلْجُرُوحَ قِصَاصٌ فَمَن تَصَدَّقَ بِهِۦ فَهُوَ كَفَّارَةٌ لَّهُۥ﴾ [المائدة: ٤٥].

واللافت للنظر: أن القصاص فى النفس أو الأطراف والجروح ليس على وجه الإلزام، بل إن الله برحمته أعطى لصاحب الحقِّ الحقَّ فى العفو، وجعل العفو من باب الف ضل والتفضل، بل وجعله خيرًا من القصاص وكفارة لصاحب العفو، ﴿فَمَنْ عَفَا وَأَصْلَحَ فَأَجْرُهُۥ عَلَى ٱللَّهِ﴾ ﴿وَأَن تَعْفُوٓا۟ أَقْرَبُ لِلتَّقْوَىٰ وَلَا تَنسَوُا۟ ٱلْفَضْلَ بَيْنَكُمْ﴾، وهذا باب من أبواب حفظ النفس.

ب - حد الحرابة:

الحرابة - وتسمى أيضًا قطع الطريق - هى خروج طائفة مسلمة فى دار الإسلام؛ لإحداث الفوضى وسفك الدماء. وسلب الأموال وهتك الأعراض وإهلاك الحرث والنسل، متحدية بذلك الدين والأخلاق والنظام والقانون.

والحرابة من كبريات الجرائم؛ لأن ضررها لا يقتصر على النفس فقط، لكنه يمتد إلى المال والعرض وغيرهما، ومن ثم أطلق القرآن الكريم على المتورطين فى ارتكابها أقسى عبارة فجعلهم محاربين لله ورسوله، وغلظ عليهم العقوبة حتى يرتدعوا ويكونوا عبرة لمن يفكر أن يسلك مسلكهم، فقال - تعالى شأنه -: ﴿إِنَّمَا جَزَٰٓؤُا۟ ٱلَّذِينَ يُحَارِبُونَ ٱللَّهَ وَرَسُولَهُۥ وَيَسْعَوْنَ فِى ٱلْأَرْضِ فَسَادًا أَن يُقَتَّلُوٓا۟ أَوْ يُصَلَّبُوٓا۟ أَوْ تُقَطَّعَ أَيْدِيهِمْ وَأَرْجُلُهُم مِّنْ خِلَٰفٍ أَوْ يُنفَوْا۟ مِنَ ٱلْأَرْضِ ذَٰلِكَ لَهُمْ خِزْىٌ فِى ٱلدُّنْيَا وَلَهُمْ فِى ٱلْءَاخِرَةِ عَذَابٌ عَظِيمٌ﴾ [المائدة: ٣٣] والرسول ﷺ يعلن كذلك أن: «من حمل علينا السلاح فليس منا»[(١)].

ووظيفة العقوبة - فى علم العقاب - وظيفة نفعية، أى: أن مقتضاها حماية المجتمع والنفس من شرور الجريمة، وهذا يقتضى أن تكون العقوبة متناسبة مع درجة جسامة الجريمة؛ ذلك أن الجريمة تحقق هوى فى نفس المجرم يقابله خوف من العقاب، وكلما كان العقاب متناسبًا مع الجريمة أحجم الجانى عن الإقدام عليها؛ لأنه سيوازن بين الأمرين «بين الجريمة التى سيقدم على ارتكابها وبين العقوبة المقررة لها؛ فيدفعه الخوف من العقاب إلى الإحجام عن الجريمة متى كانت العقوبة رادعة.

---

(١) أخرجه البخارى (١٤/ ١٧٢) كتاب: الديات، باب: قول الله تعالى: ﴿ومن أحياها﴾ (٦٨٧٤)، ومسلم (١/ ٩٨) كتاب الإيمان، باب قول النبي ﷺ. . (١٦١/ ٩٨) عن ابن عمر.

والعقوبة فى ذاتها وعلنية تنفيذها تجعل الإنسان يفكر ويتردد كثيرًا قبل الإقدام على أية جريمة تمس النفس، وذلك حماية للنفس وحماية للمجتمع لا تتحقق بأية وسيلة أخرى.

بقى أن نتحدث قليلا عن العقوبات التعزيرية غير المقدرة، والتى تقوم بدور حاسم فى حفظ النفس وتأمينها ضد الأضرار.

والتعزير: معناه التعظيم والنصرة، ومن ذلك قوله تعالى: ﴿لِّتُؤْمِنُوا بِاللَّهِ وَرَسُولِهِ وَتُعَزِّرُوهُ﴾ [الفتح: ٩]، وقد يأتى بمعنى: الإهانة، يقال: عزر فلان فلانًا، إذا أهانه زجرًا وتأديبًا على ذنب وقع منه.

والتعزير فى الشرع هو التأديب، والتأديب على ذنب لا حدَّ فيه ولا كفارة. فهو عقوبة تأديبية يفرضها الحاكم على جناية أو معصية لم يعين الشرع لها عقوبة، أو حدد لها عقوبة، ولكن لم تتوفر فيها شروط التنفيذ، مثل المباشرة فى غير الفرج، وسرقة ما لا قطع فيه، وجناية لا قصاص فيها، وإتيان المرأة المرأة، والقذف بغير الزنى.

والتعزير يكون بالقول كالتوبيخ والزجر والوعظ، ويكون بالفعل كالنفى والضرب، وذلك حسب ما تقتضى الحاجة.

روى أبو داود أنه أُتى النبى ﷺ بمخنث قد خضب يديه ورجليه بالحناء، فقال: ما بال هذا؟ فقالوا: يتشبه بالنساء. فأمر به فنفى إلى البقيع، فقالوا: يا رسول الله، نقتله؟ فقال ﷺ: «إنى نهيت عن قتل المصلين»(١).

والحديث نص فى الحفاظ على النفس، حتى ولو كان صاحبها متعديًا ومذنبًا؛ حيث نهى الرسول ﷺ عن قتل المخنث لما سُئِل ذلك.

ومن ثم لا يجوز التعزير بالإضرار، سواء بالنفس أو بالمال أو العقل أو النسل أو الدين.

ومن التعزيرات التى وضعها الشارع لحفظ النفس: التعزير بالحبس، والتعزير بأخذ المال، وهذه التعازير مثلها مثل الحدود والقصاص تجعل المرء يفكر كثيرًا قبل أن يعتدى على النفس.

---

(١) أخرجه أبو داود (٢/ ٧٠٠) كتاب الأدب، باب الحكم فى المخنثين (٤٩٢٨) عن أبى هريرة.

المسلك الثالث - تأمين الجبر:

والمقصود به: «ضمان العوض المالى المستحق شرعًا؛ جبرًا للضرر الناشئ عن إتلاف النفس أو جزء منها»(١) . وهذا العوض يعرف فى الشريعة الإسلامية بالديات والأروش.

والدية: هى المال الواجب بجناية على الحر فى نفس أو فيما دونها(٢) .

أو هى ما يعطى عوضًا عن دم القتيل إلى وليه مدفوعة لهم(٣) .

أما الأرش فهو اسم للمال الواجب على ما دون النفس، وقيل: الأرش دية العضو، وقيل: إنه بدل ما دون النفس من الأطراف؛ لأنه جابر لها عما حصل فيها من النقص(٤) .

والدية تنتظم ما فيه قصاص، وما لا قصاص فيه، وتسمى بالعقل، وأصل مشروعيتها قول الله تعالى: ﴿وَمَا كَانَ لِمُؤْمِنٍ أَن يَقْتُلَ مُؤْمِنًا إِلَّا خَطَئًا وَمَن قَتَلَ مُؤْمِنًا خَطَئًا فَتَحْرِيرُ رَقَبَةٍ مُّؤْمِنَةٍ وَدِيَةٌ مُّسَلَّمَةٌ إِلَىٰٓ أَهْلِهِۦٓ إِلَّآ أَن يَصَّدَّقُوا۟ فَإِن كَانَ مِن قَوْمٍ عَدُوٍّ لَّكُمْ وَهُوَ مُؤْمِنٌ فَتَحْرِيرُ رَقَبَةٍ مُّؤْمِنَةٍ وَإِن كَانَ مِن قَوْمٍۭ بَيْنَكُمْ وَبَيْنَهُم مِّيثَٰقٌ فَدِيَةٌ مُّسَلَّمَةٌ إِلَىٰٓ أَهْلِهِۦ وَتَحْرِيرُ رَقَبَةٍ مُّؤْمِنَةٍ فَمَن لَّمْ يَجِدْ فَصِيَامُ شَهْرَيْنِ مُتَتَابِعَيْنِ تَوْبَةً مِّنَ ٱللَّهِ وَكَانَ ٱللَّهُ عَلِيمًا حَكِيمًا﴾ [النساء: ٩٢].

وقوله تعالى ﴿فَمَنْ عُفِىَ لَهُۥ مِنْ أَخِيهِ شَىْءٌ فَٱتِّبَاعٌۢ بِٱلْمَعْرُوفِ وَأَدَآءٌ إِلَيْهِ بِإِحْسَٰنٍ ذَٰلِكَ تَخْفِيفٌ مِّن رَّبِّكُمْ وَرَحْمَةٌ﴾ [البقرة: ١٧٨].

وروى عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده قال: «كَانَتْ قِيمَةُ الدِّية عَلَى عَهدِ رسول الله ﷺ ثَمَانمِائة دِينَارٍ، أو ثَمَانية آلاف دِرْهَم، ودية أهل الكتاب يومئذ: النِّصْفُ من دِيَةِ المسلمين، فقال: فكان ذلك كذلك، حتى استخلف عمر - رحمه الله - فقام خطيبًا فقال: ألا إن الإبل قد غلت، قال: ففرضها عمر على أهل الذهب(٥) ألف دينار، وعلى أهل الورق(٦) اثنى عشر ألفًا، وعلى أهل البقر مائتى

---

(١) ينظر نظرية التأمين التعاونى للدكتور رجب عبد التواب ص٣٠٦ .

(٢) الفقه على المذاهب الأربعة لعبد الرحمن الجزيرى (ط دار الفكر) ٥/ ٣٦٦ .

(٣) ينظر تفسير القرطبى ٥/ ٣١٥ .

(٤) ينظر نظرية التأمين التعاونى ص٣٠٦ نقلاً عن المعجم الاقتصادى للشرباصى ص٢٥ .

(٥) أهل الذهب هم أهل الشام ومصر .

(٦) أهل الورق (الفضة) هم أهل العراق .

بقرة، وعلى أهل الشاء ألفى شاة، وعلى أهل الحلل مائتى حلة، قال: وترك دية أهل الذمة لم يرفعها فيما رفعه من الدية[١] .

والمقصود من الدية: الزجر والردع وحماية الأنفس؛ ولهذا وجب أن تكون بحيث يقاسى من أدائها المكلفون بها، ويجدون منها حرجًا وألمًا ومشقة، ولا يجدون هذا الألم ويشعرون به إلا إذا كان مالا كثيرًا ينقص من أموالهم، ويضيقون بأدائه إلى المجنى عليه أو ورثته، فهى جزاء يجمع بين العقوبة والتعويض.

فتجب الدية على قاتل الخطأ لورثة المقتول تطييبًا لقلوبهم وتعويضًا عما فاتهم من المنفعة بقتل صاحبهم وإرضاءً لأنفسهم عن القاتل، حتى لا تقع العدواة والبغضاء بينهم، ولما كانت الجريمة سببها الإهمال وعدم الحرص، وكان يتسبب عنها فى الغالب أضرار مالية للمجنى عليه ولورثته - شرعت العقوبة فى أعز ما يحرص عليه الإنسان بعد النفس وهو المال، ولا شك أن هذه العقوبة كافية لحمل المتهاون المهمل على أن يتمسك بأهداب الحرص واليقظة.

وتجب كذلك فى القتل شبه العمد، وفى العمد الذى وقع ممن فقد شرطًا من شروط التكليف مثل الصغير والمجنون أو من عفا عنه أولياء المقتول.

ثالثا - حفظ العقل (تأمين العقل):

حفظ العقل وتأمينه يكون بالمحافظة عليه وحمايته من الآفات التى تجعل صاحبه عبئًا على المجتمع ومصدر شر وأذى له، وليكون كل عضو من أعضاء المجتمع سليمًا، يمده بعناصر الخير والنفع، كما أن صيانة العقل وسلامته يؤمِّن المجتمع من الأضرار التى يتسبب فيها من يصاب عقله[٢] .

والعقل منبع العلم والفهم وطريق السعادة فى الدنيا والآخرة، وبه يتميز الإنسان عن سائر البهائم، وبه يكتسب العلوم وتدبير الصناعات، ويعرف عواقب الأمور، وفى فضل العقل يقول رسول الله ﷺ: «مَا اكْتَسَبَ رَجُلٌ مِثْلَ فَضْل عَقْلِهِ يَهْدِى صَاحِبه إِلى هُدى وَيَرُده، وَمَا تَمّ إِيمَانُ عَبْدٍ ولا اسْتَقَامَ دِينُهُ حَتَّى يَكْمُل عَقْلُهُ»[٣] .

---

(١) أخرجه أبو داود (٤٥٤٢) ومن طريقه البيهقى فى السنن الكبرى (٨/ ٧٧) .

(٢) راجع: تنظيم الإسلام للمجتمع للشيخ محمد أبو زهرة (دار الفكر العربى ١٩٦٥) ص٥٧ - ٥٨ .

(٣) ذكره الحافظ فى المطالب العالية (٢٧٦٥) وعزاه للحارث بن أبى أسامة فى مسنده عن ابن =

وقد وضع الإسلام أمورًا وحض عليها للحفاظ على العقل، منها:

١ - العلم، فيجب على الإنسان أن يتعلم أصول الاعتقاد وما يجب عليه من الأفعال والترك كالفرض والمحرم، قال رسول الله ﷺ: «طلب العلم فريضة على كل مسلم»(١) . ومن العلم ما هو فرض كفاية إذا تعلمه البعض سقط عن الباقين: كالتفقه في العلوم الشرعية ومعرفة جزئياتها وعلوم الطب والهندسة والزراعة والصناعة وغيرها مما يقوم به أمر الدنيا(٢) .

٢ - تحريم المسكرات الضارة بالعقل كالخمر والمخدرات، وتوعد متعاطيها أو شاربها بالعقاب الشديد؛ بما يمنع انتشارها ويقى الناس منها ويحمى المجتمع من شرها، قال الله - تعالى -: ﴿إِنَّمَا ٱلْخَمْرُ وَٱلْمَيْسِرُ وَٱلْأَنصَابُ وَٱلْأَزْلَٰمُ رِجْسٌ مِّنْ عَمَلِ ٱلشَّيْطَٰنِ فَٱجْتَنِبُوهُ لَعَلَّكُمْ تُفْلِحُونَ إِنَّمَا يُرِيدُ ٱلشَّيْطَٰنُ أَن يُوقِعَ بَيْنَكُمُ ٱلْعَدَٰوَةَ وَٱلْبَغْضَآءَ فِى ٱلْخَمْرِ وَٱلْمَيْسِرِ وَيَصُدَّكُمْ عَن ذِكْرِ ٱللَّهِ وَعَنِ ٱلصَّلَوٰةِ فَهَلْ أَنتُم مُّنتَهُونَ﴾ [المائدة: ٩٠، ٩١].

ثم إن الإسلام وضع حدًا لشارب الخمر ثمانين جلدة، وقليل الخمر وكثيره حرام، فما أسكر كثيره فقليله حرام.

وقد نهى الإسلام عن تملك الخمر وأى مسكر وبيعه والتجارة فيه، أو يؤجر نفسه أو داره أو ولده أو دابته للعمل فيه. . . إلى غير ذلك من الأحكام التى تؤمن المجتمع من شر المسكرات، وتحفظ على الناس عقولهم التى تغيبها هذه المسكرات، وتحفظ عليهم أنفسهم التى تكون هذه المسكرات سببًا فى هلاكها.

رابعًا - حفظ النسل (تأمين النسل):

المقصود بحفظ النسل هو المحافظة على النوع الإنسانى بحيث تتكون أجيال قوية معنويًا وجسديًا.

ومن أجل ذلك شرع الله شرائع وحد حدودًا للحفاظ على النسل، أبرزها:

١ - الزواج وأحكامه، فقد حض الإسلام على الزواج حفظا للنسل وإعفافًا للنفس، فقال الله - تعالى -: ﴿فَٱنكِحُواْ مَا طَابَ لَكُم مِّنَ ٱلنِّسَآءِ مَثْنَىٰ وَثُلَٰثَ وَرُبَٰعَ فَإِنْ خِفْتُمْ

= عمر وحكم عليه بالوضع. وراجع: الإحياء فى علوم الدين للغزالى ١/ ٨٢، باب العقل وشرفه وحقيقته وأقسامه .

(١) تقدم .

(٢) راجع الإحياء للغزالى ١/ ١٥ - ٢٠ .

﴿أَلَّا تَعۡدِلُواْ فَوَٰحِدَةً أَوۡ مَا مَلَكَتۡ أَيۡمَٰنُكُمۡۚ﴾ [النساء: ٣] وقال رسول الله ﷺ: «يا معشر الشباب، من استطاع منكم الباءة فليتزوج، ومن لم يجد فعليه بالصوم، فإنه له وجاء»(١) . وقال أيضًا: «تناكحوا تناسلوا فإنى مباهٍ بكم الأمم يوم القيامة»(٢) .

٢ - كما أباح الله الطلاق ووضع له حدودًا تحفظ النسل وتمنع من اختلاط الأنساب، مثل: استبراء الرحم عن طريق مدة العدة، قال تعالى: ﴿وَٱلۡمُطَلَّقَٰتُ يَتَرَبَّصۡنَ بِأَنفُسِهِنَّ ثَلَٰثَةَ قُرُوٓءٖۚ وَلَا يَحِلُّ لَهُنَّ أَن يَكۡتُمۡنَ مَا خَلَقَ ٱللَّهُ فِيٓ أَرۡحَامِهِنَّ إِن كُنَّ يُؤۡمِنَّ بِٱللَّهِ وَٱلۡيَوۡمِ ٱلۡأٓخِرِۚ﴾ [البقرة: ٢٢٨] حتى فى حالة الوفاة فرض الله على المرأة المتوفى

---

(١) أخرجه البخارى (١٠/ ١٣٣) كتاب: النكاح، باب: قول النبيﷺ «من استطاع الباءة فليتزوج...» (٥٠٦٥) ومسلم (٢/ ١٠١٨) كتاب النكاح باب استحباب النكاح لمن تاقت نفسه إليه (١/ ١٤٠٠) عن عبد الله بن مسعود .

(٢) فى الباب عن ابن عمر وأبى أمامة وأنس، وحرملة بن النعمان وابن مسعود وعياض بن غنم:
حديث ابن عمر:
ذكره الحافظ فى التلخيص (٣/ ٢٤٨) وعزاه لمسند الفردوس (٢/ ١٣٠) (٢٦٦٣) وفى إسناده محمد بن الحارث ومحمد بن عبد الرحمن البيلمانى وهما ضعيفان، ولفظه «حجوا تستغنوا، وسافروا تصحوا، وتناكحوا تكثروا؛ فإنى أباهى بكم الأمم» .
وذكر البيهقى عن الشافعى أنه ذكره بلاغًا وزاد فى آخره: «حتى السقط» .
حديث أبى أمامة:
ذكره الحافظ فى التلخيص (٣/ ٢٤٨) وعزاه للبيهقى فى السنن الكبرى (٧/ ٧٨) وفى إسناده محمد بن ثابت وهو ضعيف، ولفظه: «تزوجوا فإنى مكاثر بكم الأمم ولا تكونوا كرهبانية النصارى» .
حديث أنس:
ذكره الحافظ فى التلخيص وعزاه لابن حبان وصححه (٤٠١٧) قلت وفى إسناده محمد بن إسحاق وقد صرح بالتحديث، ولفظه: «تزوجوا الولود الودود؛ فإنى مكاثر بكم الأنبياء يوم القيامة» .
حديث حرملة بن النعمان:
ذكره الحافظ فى التلخيص وعزاه للدارقطنى فى المؤتلف وابن قانع فى الصحابة، بلفظ: «امرأة ولود أحب إلى الله من امرأة حسناء لا تلد، إنى مكاثر بكم الأمم يوم القيامة» .
حديث ابن مسعود:
ذكره الحافظ فى التلخيص وعزاه للدارقطنى فى العلل (٥/ ٧٣) بنحو حديث حرملة بن النعمان .
حديث عياض بن غنم:
ذكره الحافظ فى التلخيص وعزاه للحاكم (٣/ ٢٩٠ - ٢٩١) بلفظ: «لا تزوجنّ عاقرًا ولا عجوزًا؛ فإنى مكاثر بكم» وإسناده ضعيف .

عنها زوجها فترة معينة لاستبراء رحمها، فقال: ﴿وَالَّذِينَ يُتَوَفَّوْنَ مِنكُمْ وَيَذَرُونَ أَزْوَاجًا يَتَرَبَّصْنَ بِأَنفُسِهِنَّ أَرْبَعَةَ أَشْهُرٍ وَعَشْرًا﴾ [البقرة: ٢٣٤].

فالإسلام نظم الأسرة تنظيمًا دقيقًا محكمًا يحفظ النسل ويقويه.

٣ - منع الإسلام الاعتداء على الأعراض بارتكاب الفاحشة أو القذف بالزنى؛ لأن هذا يؤدى فى بعض جوانبه إلى الإضرار بالنسل إضرارًا شديدًا، سواء الإضرار المعنوى كأن يؤذى الابن من جراء قذف أمه، أو الحسى كأن يؤدى الزنى إلى اختلاط الأنساب.

ومن ثم حد الإسلام حدودًا رادعة لكل من تسول له نفسه المساس بالأعراض، فقضى بالرجم على الزانى الحر المحصن والحرة المحصنة، والجلد مائة وتغريب عام إلى بلد للرجل الحر غير المحصن، وجلد مائة دون تغريب للحرة غير المحصنة. قال الله - تعالى -: ﴿الزَّانِيَةُ وَالزَّانِي فَاجْلِدُوا كُلَّ وَاحِدٍ مِّنْهُمَا مِائَةَ جَلْدَةٍ وَلَا تَأْخُذْكُم بِهِمَا رَأْفَةٌ فِي دِينِ اللَّهِ إِن كُنتُمْ تُؤْمِنُونَ بِاللَّهِ وَالْيَوْمِ الْآخِرِ وَلْيَشْهَدْ عَذَابَهُمَا طَائِفَةٌ مِّنَ الْمُؤْمِنِينَ﴾ [النور: ٢].

وقال الشافعى وأحمد: يجمع إلى الجلد التغريب مدة عام؛ لما رواه البخارى ومسلم عن أبى هريرة وزيد بن خالد أن رجلا من الأعراب أتى رسول الله ... فقال: يا رسول الله؟ أنشدك إلا قضيت لى بكتاب الله، قال الخصم الآخر - وهو أفقه منه -: نعم، فاقض بيننا بكتاب الله، فقال رسول الله ﷺ: قل، قال: إن ابنى كان عسيفًا[١] على هذا فزنى بامرأته، وإنى أُخبرت أن على ابنى الرجم، فافتديت منه بمائة شاة ووليدة، فسألت أهل العلم فأخبرونى أن على ابنى جلد مائة وتغريب عام، وأن على امرأة هذا الرجم. فقال رسول الله ﷺ: والذى نفسى بيده لأقضين بينكم بكتاب الله: الوليدة والغنم ردٌّ عليك، وعلى ابنك جلد مائة وتغريب عام، واغد يا أنيس (رجل من أسلم) إلى امرأة هذا، فإن اعترفت فارجمها، قال: فغدا عليها فاعترفت، فأمر بها رسول الله ﷺ فرجمت»[٢].

---

(١) عسيفًا: أجيرًا.

(٢) أخرجه البخارى (١٢/ ١٧٩) كتاب الحدود باب إذا رمى امرأته أو امرأة غيره بالزنى (٦٨٤٢ - ٦٨٤٣)، ومسلم (٣/ ١٣٢٤ - ١٣٢٥) كتاب الحدود، باب من اعترف على نفسه بالزنى (٢٥/ ١٦٩٧) ومالك فى الموطأ (٢/ ٨٢٢) كتاب الحدود، باب ما جاء فى الرجم (٦).

ففي الحديث أوجب الرسول ﷺ على الحر غير المحصن الجلد والتغريب، على حين أن المحصنة الحرة وجب عليها الرجم، وحكم الرجم ينسحب - أيضًا - على الحر المحصن، يعضد ذلك ما روى عن أبي هريرة قال: أتى رجل رسول الله ﷺ وهو في المسجد فقال: يا رسول الله، إني زنيت، فأعرض عنه، فردد عليه أربع مرات، فلما شهد على نفسه أربع شهادات دعاه النبي ﷺ فقال: أبك جنون؟ قال: لا، قال: فهل أحصنت؟ قال: نعم، فقال النبي ﷺ : اذهبوا فارجموه...»[1] إلى غير ذلك من الأدلة.

---

(١) أخرجه البخاري (١٢/ ١٣٦) كتاب: الحدود، باب: سؤال الإمام المقر هل أحصنت؟ حديث (٦٨٢٥)، ومسلم (٣/ ١٣١٨) كتاب: الحدود، باب من اعترف على نفسه بالزنى، حديث (١٦/ ١٦٩١)، وأحمد (٢/ ٤٥٣)، والبيهقي (٨/ ٢١٩) كتاب الحدود، باب: من أجاز ألا يحضر الإمام، والبغوي في شرح السنة (٥/ ٤٦٥، ٤٦٦) كلهم من طريق الزهري عن سعيد بن المسيب وأبي سلمة بن عبد الرحمن أن أبا هريرة قال: «أتى رسول الله ﷺ رجل من الناس وهو في المسجد فناداه: يا رسول الله، إني زنيت فأعرض عنه النبي ﷺ فتنحى لشق وجهه الذي أعرض قبله، فقال: يا رسول الله، إني زنيت فأعرض عنه، فجاء لشق وجه النبي ﷺ الذي أعرض عنه، فلما شهد على نفسه أربع شهادات دعاه النبي ﷺ فقال: أبك جنون؟ قال: لا يا رسول الله، فقال: أحصنت؟ قال: نعم يا رسول الله، قال: اذهبوا فارجموه» .

وللحديث طريق آخر عن أبي هريرة:

أخرجه الترمذي (٤/ ٢٧) كتاب: الحدود، باب: ما جاء في درء الحد عن المعترف إذا رجع، حديث (١٤٢٨)، وابن ماجه (٢/ ٨٥٤) كتاب: الحدود، باب: الرجم، حديث (٢٥٥٤)، وأحمد (٢/ ٢٨٦ - ٢٨٧، ٤٥٠)، وابن الجارود في المنتقى رقم (٨١٩)، وابن حبان (٢٤٢٢ - الإحسان)، والحاكم (٤/ ٣٣٦)، والبغوي في شرح السنة (٥/ ٤٦٥) كلهم من طريق محمد بن عمرو عن أبي سلمة عن أبي هريرة قال: «جاء ماعز ابن مالك الأسلمي إلى رسول الله ﷺ فقال: يا رسول الله ﷺ، إني زنيت فأعرض عنه، ثم جاءه من شقه الأيمن فقال: يا رسول الله، إني قد زنيت، فأعرض عنه، ثم جاءه من شقه الأيسر فقال: يا رسول الله إني قد زنيت فأعرض عنه ثم جاءه فقال: إني قد زنيت، قال ذلك أربع مرات، فقال رسول الله ﷺ: «انطلقوا به فارجموه» فانطلقوا به، فلما مسته الحجارة أدبر يشتد، فلقيه رجل في يده لحى جمل، فضربه به فصرعه، فذكروا ذلك لرسول الله ﷺ، قال: «فهلا تركتموه» .

وقال الترمذي: حديث حسن، وقد روى من غير وجه عن أبي هريرة .

وقال الحاكم: صحيح على شرط مسلم. ووافقه الذهبي، وصححه ابن حبان .

وقال البغوي عقبه: هذا حديث متفق على صحته. وهو وهم؛ فهو متفق على صحته من حديث أبي هريرة، ولكن ليس من هذا الطريق .

=

وكما حد الإسلام حدودًا للزنى، فإنه حد أيضًا للقذف ثمانين جلدة ينالها القاذف، فقال الله - تعالى -: ﴿وَالَّذِينَ يَرْمُونَ الْمُحْصَنَاتِ ثُمَّ لَمْ يَأْتُوا بِأَرْبَعَةِ شُهَدَاءَ فَاجْلِدُوهُمْ ثَمَانِينَ جَلْدَةً وَلَا تَقْبَلُوا لَهُمْ شَهَادَةً أَبَدًا وَأُولَئِكَ هُمُ الْفَاسِقُونَ إِلَّا الَّذِينَ تَابُوا مِنْ بَعْدِ ذَلِكَ وَأَصْلَحُوا فَإِنَّ اللَّهَ غَفُورٌ رَحِيمٌ﴾ [النور: ٤-٥].

إذن فالإسلام بحدوده يحفظ النسل من التدنيس والاختلاط، وأحكامه - في هذا الشأن - واضحة جلية، تهدف إلى حياة هنيئة، ونسل قوى يقوم على أساسه

= وللحديث طريق ثالث عن أبى هريرة:
أخرجه أبو داود (٤/ ٥٧٩) كتاب الحدود، باب: رجم ماعز بن مالك، حديث (٤٤٢٩)، والنسائى فى الكبرى (٤/ ٢٧٦ - ٢٧٧) كتاب: الرجم، باب: استقصاء الإمام على المعترف عنده بالزنى، حديث (٧١٦٤)، وأبو يعلى (١٠/ ٥٢٤ - ٥٢٥) رقم (٦١٤٠) كلهم من طريق ابن جريج: أخبرنى أبو الزبير عن ابن عم لأبى هريرة عن أبى هريرة أن ماعز بن مالك جاء إلى النبى ﷺ فقال: يا رسول الله ﷺ، إنى قد زنيت فأعرض عنه حتى قالها أربعًا، فلما كان فى الخامسة قال: «زنيت؟» قال: نعم، قال: «وتدرى ما الزنى؟» قال: نعم، أتيت منها حرامًا ما يأتى الرجل من امرأته حلالا، قال: «ما تريد إلى هذا القول؟» قال: أريد أن تطهرنى، قال: فقال رسول الله ﷺ: «أدخلت ذلك منك فى ذلك منها كما يغيب الميل فى المكحلة والعصا فى الشىء؟» قال: نعم يا رسول الله، قال: فأمر برجمه فرجم، فسمع النبى ج رجلين يقول أحدهما لصاحبه: ألم تر إلى هذا ستر الله عليه، فلم تدعه نفسه حتى رجم رجم الكلب؟: : فسار النبى ﷺ شيئًا ثم مر بجيفة حمار فقال: «أين فلان وفلان؟ انزلا فكلا جيفة هذا الحمار»، قالا: غفر الله لك - يا رسول الله - وهل يؤكل هذا؟ قال: «فما نلتما من أخيكما آنفًا أشد أكلا منه، والذى نفسى بيده، إنه الآن فى أنهار الجنة يتقمص فيها» .
وهذا إسناد ضعيف؛ لجهالة ابن عم أبى هريرة، لكن أخرجه عبد الرزاق (٧/ ٣٢٢) رقم (١٣٣٤٠) عن ابن جريج: أخبرنى أبو الزبير عن عبد الرحمن بن الصامت عن أبى هريرة به، ومن طريق عبد الرزاق أخرجه أبو داود (٤/ ٥٧٩) كتاب: الحدود، باب: رجم ماعز بن مالك، حديث (٤٤٢٨)، والنسائى فى الكبرى (٤/ ٢٧٧) كتاب: الرجم، باب: ذكر استقصاء الإمام على المعترف عنده بالزنى، حديث (٧١٦٥)، وابن الجارود رقم (٨١٤)، وابن حبان (١٥١٣ - موارد)، والدارقطنى (٣/ ١٩٦ - ١٩٧) كتاب الحدود والديات، حديث (٣٣٩)، والبيهقى (٨/ ٢٢٧) كتاب الحدود، باب من قال: لا يقام عليه الحد حتى يعترف أربع مرات. وقد أخرجه ابن حبان (١٥١٤ - موارد) من طريق زيد بن أبى أنيسة عن أبى الزبير، به. وأخرجه النسائى فى الكبرى (٤/ ٢٧٧) كتاب: الرجم، حديث (٧١٦٦) من طريق حماد بن سلمة عن أبى الزبير، وصححه ابن حبان .
وقال النسائى: عبد الرحمن بن الهضهاض ليس بمشهور .
قلت: ذكره ابن أبى حاتم فى الجرح والتعديل (٥/ ٢٩٧)، والبخارى فى تاريخه الكبير (٥/ ٣٦١)، ولم يذكرا فيه جرحًا ولا تعديلا، وذكره ابن حبان فى الثقات .

المجتمع، ومجتمع طاهر عفيف تسوده الفضيلة، وتتلاشى وتنمحى منه الرذيلة، ويظلله الحب والتعاطف.

خامسًا - حفظ المال (تأمين المال)

المال عصب الحياة، عليه تقوم حياة الناس، فكما قال ابن عباس: الدراهم والدنانير خواتيم الله فى الأرض... حيث قضيت بها قضيت حاجتك.

ونقصد بحفظ المال كف العدوان والإتلاف عنه، وجبر الضرر الواقع والمصلحة الفائتة من المال، وضمان اكتسابه واستثماره والعدل فى توزيعه والقصد فى إنفاقه واستهلاكه، وكفاية الحاجات المقصودة منه، وأداء حقه وفق الأحكام التى شرعها الله - سبحانه وتعالى - القائل: ﴿وَٱبْتَغِ فِيمَآ ءَاتَىٰكَ ٱللَّهُ ٱلدَّارَ ٱلْءَاخِرَةَ ۖ وَلَا تَنسَ نَصِيبَكَ مِنَ ٱلدُّنْيَا ۖ وَأَحْسِن كَمَآ أَحْسَنَ ٱللَّهُ إِلَيْكَ ۖ وَلَا تَبْغِ ٱلْفَسَادَ فِى ٱلْأَرْضِ ۖ إِنَّ ٱللَّهَ لَا يُحِبُّ ٱلْمُفْسِدِينَ﴾ [القصص: ٧٧].

ويعنى كف العدوان حماية المال وصيانته من الاعتداء عليه بأخذه سرقة أونهبا أو إتلافه حرابة أوبغيا، وقد تكفلت بذلك الزواجر المشروعة لدرء المفاسد، والحدود الموضوعة للجنايات على المال عقوبة للجانى.

ويعنى جبر الضرر استدراك المصالح المالية الفائتة، وجبر ذلك بالأموال؛ لأن الأموال تجبر بالأموال بضمان عين المال إن كان قائما أو مثله إن كان مثليًا، أوقيمته إن كان قيميًا[١].

ويعنى اكتساب المال واستثماره وتنميته اتباع الوسائل المشروعة للحصول على المال الذى هو قوام العيش والسبيل إلى تأمين حاجات الإنسان الدنيوية.

وأما العدل فى توزيع المال والقصد فى إنفاقه فالمقصود اتباع هدى الإسلام فى ذلك، فقد شرع الإسلام أحكامًا تتعلق بكيفية توزيع الثروة فى المجتمع المسلم، كالزكاة والصدقة، دون إسراف أو تقتير، وشرع أمورًا تتعلق بعملية إنفاق المال فى حد ذاتها، فأمر بالاعتدال وعدم الإسراف أو التقتير.

هذا هو مفهوم الإسلام البسيط لإنفاق المال وتنظيم تداوله بين الناس بما يضمن لكل فرد من أفراد المجتمع أن يأخذ حقه.

---

(١) راجع الفروق للقرافى (طبعة دار المعارف، بيروت) ١/ ٢١١ - ٢١٣ .

ويمكن تقسيم حفظ المال إلى العناصر الآتية:

١ - تأمين الكفاية.

٢ - تأمين الحماية أو الوقاية.

٣ - تأمين الجبر.

العنصر الأول - تأمين الكفاية -

بان لنا أن المقصود بتأمين الكفاية هو حصول الشخص على كفايته من حاجاته المعيشية الأصلية بقدر ما يليق به هو ومن ينفق عليهم من مطعم ومشرب وملبس ومسكن وأثاث ومنكح... إلخ

ويرى بعض الفقهاء أن حد الكفاية غير محدود، وأنه القدر الذى يخرج الشخص من الفقر إلى الغنى ومن الحاجة إلى الكفاية، وهذا عندهم يختلف باختلاف الأحوال والأشخاص والحاجات، والأمكنة والأزمنة»[1] .

وضابط الغنى هو أن تتوفر الكفاية للشخص على الدوام بأن يكون له ملك يغنيه أو كسب يكفيه[2] ، وهذه المرتبة هى أول مراتب الغنى ولا حد لأقصاها، فالله - سبحانه وتعالى - يبسط الرزق لمن يشاء ويقدر.

ويقوم تأمين الكفاية على عدة أسس، أهمها:

أ - كفاية الموارد اللازمة لتأمين الكفاية:

وهذه تكفَّل الله - سبحانه وتعالى - بها، فقد تكفل لكل مخلوق من مخلوقاته بالرزق الكافى وسخره له وهداه إليه، وأرشده إلى طلبه وتحصيله، فقال جل وعلا: ﴿وَمَا مِن دَآبَّةٍ فِي ٱلْأَرْضِ إِلَّا عَلَى ٱللَّهِ رِزْقُهَا﴾ [هود: ٦] وقال أيضا: ﴿وَٱلْأَرْضَ مَدَدْنَٰهَا وَأَلْقَيْنَا فِيهَا رَوَٰسِيَ وَأَنۢبَتْنَا فِيهَا مِن كُلِّ شَيْءٍ مَّوْزُونٍ وَجَعَلْنَا لَكُمْ فِيهَا مَعَٰيِشَ وَمَن لَّسْتُمْ لَهُۥ بِرَٰزِقِينَ وَإِن مِّن شَيْءٍ إِلَّا عِندَنَا خَزَآئِنُهُۥ وَمَا نُنَزِّلُهُۥٓ إِلَّا بِقَدَرٍ مَّعْلُومٍ﴾ [الحجر: ١٩ - ٢١] والله - جل وعلا - خلق الأرض على الوفرة مقدرة فيها أقواتها مخزونة فى أعماقها، وما على الناس إلا طلب الرزق، فهو مكفول لكل أحد على حد سواء، وذلك قوله تعالى: ﴿قُلْ أَئِنَّكُمْ لَتَكْفُرُونَ بِٱلَّذِى خَلَقَ ٱلْأَرْضَ فِي يَوْمَيْنِ وَتَجْعَلُونَ لَهُۥٓ أَندَادًا

---

(١) راجع: المغنى ٢/٥٢٥، ٥٢٦ .

(٢) راجع السابق، الصفحة نفسها .

﴿ذَٰلِكَ رَبُّ ٱلْعَٰلَمِينَ وَجَعَلَ فِيهَا رَوَٰسِىَ مِن فَوْقِهَا وَبَٰرَكَ فِيهَا وَقَدَّرَ فِيهَآ أَقْوَٰتَهَا فِىٓ أَرْبَعَةِ أَيَّامٍ سَوَآءً لِّلسَّآئِلِينَ﴾ [فصلت: ٩-١٠] إذن فقد أوجد الله الرزق، وما على الإنسان إلا السعى والتوكل على الله، فقد قال - سبحانه -: ﴿هُوَ ٱلَّذِى جَعَلَ لَكُمُ ٱلْأَرْضَ ذَلُولًا فَٱمْشُوا۟ فِى مَنَاكِبِهَا وَكُلُوا۟ مِن رِّزْقِهِۦ ۖ وَإِلَيْهِ ٱلنُّشُورُ﴾ [الملك: ١٥] وقال رسول الله ﷺ: «لو أنكم تتوكلون على الله حق توكله لرزقكم كما يرزق الطير تغدو خماصًا وتروح بطانًا»(١).

ويؤكد هذه الحقائق التى لامراء فيها ما جاء فى تقرير البنك الدولى عام ١٩٧٢م من أن: «سوء التوزيع فى موارد العالم وليس النقص المطلق فيها هو المشكلة الحقيقية التى تواجه البشرية، فالإنتاج العالمى - وبخاصة الطعام - يفوق احتياجات البشر، ومع ذلك توجد الملايين تعانى سوء التغذية، ويرجع التقرير المشكلة إلى سببين: الظلم والأثرة من ناحية، وكفران النعمة بعدم استخدام الموارد من ناحية أخرى(٢).

وإذا استعرضنا فقط العالم الإسلامى من حيث موارده الطبيعية لوجدنا أن الله مَنَّ عليه بما يفيض عن كفايته بما سخره له من هذه الموارد: ففى مجال الزراعة تبلغ مساحة الأراضى التى يمكن اعتبارها أراضى زراعية نحو ٢,٢ بليون هكتار(٣)، من إجمالى المساحة الجغرافية التى تحتلها الدول الإسلامية ٣ مليار هكتار، وهو ما يزيد على ثلثى المساحة الإجمالية، ولكن ما يتم زراعته من هذه المساحات الشاسعة لا يتعدى ٢٤٢ مليون هكتار، أما باقى المساحة وقدرها ٩٥٨ مليون هكتار فغير مستغلة، ولو استغلت لوفت باحتياجات العالم كله وزادت عن الحاجة، ولزاد متوسط نصيب الفرد المسلم من الأراضى الزراعية عن متوسط نصيب الفرد فى الولايات المتحدة الأمريكية التى تمتلك أكبر فائض غذائى فى العالم(٤).

وتبلغ مساحة المراعى حوالى نصف بليون هكتار تقريبا، وهى مجال متسع لتنمية الثروة الحيوانية.

والبلاد الإسلامية تحوى أكثر أنهار العالم وأكبرها وهى ثروة مائية ضخمة.

---

(١) تقدم.
(٢) راجع نظرية التأمين التعاونى للدكتور رجب عبد التواب ص٣١٧ .
(٣) الهكتار يساوى ١٠٠٠٠ متر مربع .
(٤) راجع نظرية التأمين التعاونى ص٣١٧ .

وبها أشهر البحار: كالبحر الأحمر والمتوسط بما لهما من أهمية تجارية كبيرة، وهذه الثروة المائية - الأنهار والبحار - تسهم فى توليد الكهرباء وهى مصدر لثروة سمكية كبيرة.

وهناك - أيضا - مصادر كثيرة للطاقة كالفحم والبترول والغاز الطبيعى متوفرة فى البلاد الإسلامية، إضافة إلى كم هائل من المعادن:

كالحديد والنحاس والألومنيوم، التى تستخدم فى معظم الصناعات.

وأهم من هذا وذاك تلك الثروة البشرية الهائلة الموجودة فى أقطار الإسلام، حيث يبلغ عدد المسلمين بليونًا أو يزيد، وهى طاقة منتجة لو قامت بواجبها فى عمارة الأرض باستغلال الطاقات المتاحة حسبما أمر الله فى كتابه وبينته السنة فى هديها.

وخلاصة القول: أن تأمين حد الكفاية سهل وميسر، وإمكاناته متوفرة وفائضه عن الحاجة، ولكن على العبد الأخذ بالأسباب متوكلا فى ذلك على الله.

ب - ضمان السعى والكسب لتحصيل الكفاية:

السعى فى طلب الرزق وتحصيله واجب شرعى، وقد بان لنا - فيما سبق - أن الله يأمر بالسعى والأخذ بالأسباب مقترنا ذلك بعملية التوكل على الله؛ إذ التوكل لا يعنى ترك الأسباب، بل الأخذ بالأسباب هو قمة التوكل على الله؛ ومن ثم أمر الله بالانتشار وطلب الرزق بعد أداء العبادة، قال تعالى: ﴿فَإِذَا قُضِيَتِ ٱلصَّلَوٰةُ فَٱنتَشِرُواْ فِي ٱلْأَرْضِ وَٱبْتَغُواْ مِن فَضْلِ ٱللَّهِ وَٱذْكُرُواْ ٱللَّهَ كَثِيرًا لَّعَلَّكُمْ تُفْلِحُونَ﴾ [الجمعة: ١٠] فالأمر بالعمل والكسب أمر صريح فى القرآن والسنة، فالإسلام من منهجه إرشاد الناس إلى العمل وتيسير سبله لهم، فعن أنس - رضى الله عنه -: «أن رجلا من الأنصار أتى النبى ﷺ فسأله، فقال: أما فى بيتك شىء؟ قال بلى، حلس (وهو كساء غليظ يلى ظهر البعير) نلبس بعضه، وقعب (أى قدح: نشرب فيه الماء، قال: ائتنى بهما، فأتاه بهما، فأخذهما رسول الله ﷺ بيده، وقال: من يشترى منى هذين؟ قال رجل: أنا آخذهما بدرهم، قال رسول الله ﷺ: من يزيد على درهم، مرتين أو ثلاث، قال رجل: أنا آخذهما بدرهمين فأعطاهما إياه، فأخذ الدرهمين فأعطاهما الأنصارى، وقال: اشتر بأحدهما طعامًا فانبذه لأهلك، واشتر بالآخر قدومًا فاحتطب وبع، ولا أرينك خمسة عشر يومًا، ففعل، فجاء وقد أصاب عشرة دراهم، فاشترى ببعضها ثوبًا وببعضها طعامًا، فقال له رسول الله ﷺ: هذا خير لك من أن تجىء المسألة

نكتة فى وجهك يوم القيامة»[(١)] .

والإسلام يعد العمل من أفضل القربات التى يتقرب العبد بها إلى الله - تعالى - فعن كعب بن عجرة - رضى لله عنه - قال: «كان النبى ﷺ جالسًا مع أصحابه ذات يوم فنظروا إلى شاب ذى جلد وقوة وقد بَكَّر يسعى، فقالوا: ويح هذا لو كان شبابه وجلده فى سبيل الله، فقال ﷺ: لا تقولوا هذا؛ فإنه إن كان يسعى على نفسه ليكفها عن المسألة ويغنيها عن الناس فهو فى سبيل الله، وإن كان يسعى على أبوين ضعيفين أو ذرية ضعاف؛ ليغنيهم ويكفيهم، فهو فى سبيل الله، وإن كان يسعى تفاخرًا وتكاثرًا فهو فى سبيل الشيطان»[(٢)] .

فالعمل فى الإسلام له منزلته، فهو من أهم وسائل الحصول على المال لتأمين حد الكفاية، وهو - أى العمل - بالنسبة لقوى الجسم القادر عليه فرض عين إذا لم يكن لديه ما يكفيه.

ومفهوم الإسلام للعمل شامل لكل فعالية اقتصادية مشروعة مقابل أجرة أو مال يؤخذ، سواء كان العمل جسميًا ماديًا كالحرف اليدوية، أم فكريًا كالولاية والإمارة والقضاء، أو مهنيًا كالطب، فكل جهد وعمل مشروع مادى أو معنوى أو مؤلف منهما معًا يعتبر عملا فى نظر الإسلام[(٣)] .

ج - تأمين العدل والتوازن الاقتصادى.

برغم أهمية المال الكبرى، ومع ذلك فإن الإسلام لا ينظر إليه على أنه غاية، بل ينظر إليه على أنه وسيلة لتعمير الأرض وضمان الحياة الطيبة للإنسان عليها، ومن ثم

---

(١) أخرجه الطيالسى (١٣٢٦)، وأحمد (٣/ ١٠٠، ١١٤، ١٢٦)، وأبو داود (٢/ ٥١٦) كتاب: الزكاة، باب: ما تجوز فيه المسألة (١٦٤١)، وابن ماجه (٣/ ٥٤٧)، كتاب: التجارات، باب: بيع المزايدة (٢١٩٨)، والنسائى (٧/ ٢٥٩) كتاب: البيوع، باب: البيع فيما يزيد، وابن الجارود (٥٦٩) .

(٢) أخرجه الطبرانى فى الكبير (١٩/ ١٢٩) (٢٨٢) وفى الصغير (٢/ ٦٢)، وذكره الهيثمى فى المجمع (٤/ ٣٢٨) وقال: رواه الطبرانى فى الثلاثة ورجال الكبير رجال الصحيح .
وأخرجه البيهقى فى السنن الكبرى (٧/ ٤٧٩) من حديث أنس بن مالك، وابن عمر. وذكره الهيثمى فى المجمع (٤/ ٣٢٨)، وعزاه للطبرانى فى الأوسط عن أنس، وقال: فيه إسحاق بن سعيد وهو ضعيف. وأخرجه البيهقى فى السنن الكبرى (٩/ ٢٥) من حديث أبى هريرة، وسعيد بن منصور فى السنن (٢٦١٨) عن أبى المخارق مرسلا .

(٣) راجع: نظرية التأمين التعاونى ص٣٢١ .

فقد جاء المنهج الإسلامى ليحقق الأهداف المتوخاة من المال، ومن أسس المنهج الإسلامى فى شأن المال: ضمان العدل فى توزيع الثروة، فلا يعيش البعض فى ترف ورغد ويعانى آخرون البؤس والفقر، ومن ثم حظر الإسلام تركيز الثروة فى أيدى فئة من الناس دون فئة: ﴿كَيْ لَا يَكُونَ دُولَةً بَيْنَ الْأَغْنِيَاءِ مِنْكُمْ﴾ [الحشر: ٧].

وجاء الهدى النبوى ليؤكد ذلك، ففى توزيعه ﷺ فىء بنى النضير على المهاجرين الفقراء الذين تركوا أموالهم فى مكة وعلى رجلين من الأنصار كانا بحاجة إلى العون فى ذلك أكبر دليل على حرص الإسلام على عدالة توزيع الثروة.

وعلى هذا سار صحابة رسول الله ﷺ من بعده، فتحروا عدالة توزيع الثروة، وأبرز مثال على ذلك عمر بن الخطاب - رضى الله عنه - الذى أبى تقسيم الأراضى المفتوحة كما تقسم الغنائم، وقال: لو قسمتها لم يبق لمن بعدكم شىء، فكيف بمن يأتى من المسلمين فيجدون الأراضى قد اقتسمت وورثت عن الآباء وحيزت؟ ما هذا برأى فيما تسد به الثغور! وما يكون للذرية والأرامل بهذا البلد وبغيره من أرض الشام والعراق. وعندما عرض القضية على من احتكموا إليهم عندما وقع الخلاف، قال: إنه يرى أن تحبس، واستشهد بالآيات الواردة فى الفىء: ﴿مَّا أَفَاءَ اللَّهُ عَلَىٰ رَسُولِهِ مِنْ أَهْلِ الْقُرَىٰ فَلِلَّهِ وَلِلرَّسُولِ وَلِذِي الْقُرْبَىٰ وَالْيَتَامَىٰ وَالْمَسَاكِينِ﴾ إلى قوله تعالى: ﴿وَالَّذِينَ جَاءُوا مِن بَعْدِهِمْ يَقُولُونَ رَبَّنَا اغْفِرْ لَنَا وَلِإِخْوَانِنَا الَّذِينَ سَبَقُونَا بِالْإِيمَانِ﴾ [الحشر: ٧ - ١٠].

فقال: هذه عامة لمن جاء بعدهم، فاستوعبت الآية الناس، وقد صار هذا الفىء بين هؤلاء جميعًا، فكيف نقسمه لهؤلاء وندع من يجىء بعدهم، فأجمع على تركه وعدم تقسيمه، وبذلك أصبحت الأرض المفتوحة فيئًا موقوفا وملكًا لجميع المسلمين.

وقد وضع الإسلام تشريعات لضمان عدالة توزيع الثروة، أبرزها:

- تحريم الربا، قال الله تعالى: ﴿وَأَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ وَحَرَّمَ الرِّبَا﴾ [البقرة: ٢٧٥]
- تحريم الاحتكار، قال رسول الله ﷺ: «من احتكر فهو خاطئ»(١)
- تحريم الاكتناز، قال تعالى: ﴿وَالَّذِينَ يَكْنِزُونَ الذَّهَبَ وَالْفِضَّةَ وَلَا يُنفِقُونَهَا فِي سَبِيلِ اللَّهِ فَبَشِّرْهُم بِعَذَابٍ أَلِيمٍ يَوْمَ يُحْمَىٰ عَلَيْهَا﴾ [التوبة: ٣٤].

---

(١) تقدم.

- تحريم الإسراف والتقتير وضمان عدالة التوزيع، قال تعالى: ﴿وَلَا تَجْعَلْ يَدَكَ مَغْلُولَةً إِلَىٰ عُنُقِكَ وَلَا تَبْسُطْهَا كُلَّ الْبَسْطِ فَتَقْعُدَ مَلُومًا مَّحْسُورًا﴾ [الإسراء: ٢٩]، وقال: ﴿وَكُلُوا وَاشْرَبُوا وَلَا تُسْرِفُوا إِنَّهُ لَا يُحِبُّ الْمُسْرِفِينَ﴾ [الأعراف: ٣١].

- العدل فى المبادلات، ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا إِذَا تَدَايَنتُم بِدَيْنٍ إِلَىٰ أَجَلٍ مُّسَمًّى فَاكْتُبُوهُ وَلْيَكْتُب بَّيْنَكُمْ كَاتِبٌ بِالْعَدْلِ﴾ [البقرة: ٢٨٢].

- نظام الميراث الذى وضعه الإسلام يضمن عدالة توزيع الثروة:

فالإسلام لم يترك المالك يتصرف فى ماله كيفما يحب، لكنه وضع له الضوابط التى تحقق مصالح العباد والصالح العام.

العنصر الثانى - التأمين الوقائى للمال:

ويعنى هذا النوع اتقاء الكوارث والجوائح التى يمكن أن تصيب المال فتتلفه أوتهلكه أو تذهب به.

وقد وضع الإسلام شرائع تحمى المال من هذه الجوائح، ويمكن أن نقسم هذه الشرائع إلى أمور ثلاثة:

الأمر الأول - الوقاية الإيمانية:

الإيمان - كما سبق بيانه -: تأمين للنفس والمال والولد، بل سعادة وطمأنينة، كما أن الكفر سبب فى زوال النعم ووقوع النقم بالإنسان.

وقد ضرب الله أمثلة عديدة كاشفة عن أن من أسباب حفظ المال الإيمان بالله، ومن أسباب هلاكه وضياعه الكفر بالله، وقصة صاحب الجنتين الذى كفر بآيات الله وصاحبه المؤمن تبين ذلك.

قال الله تعالى: ﴿وَاضْرِبْ لَهُم مَّثَلًا رَّجُلَيْنِ جَعَلْنَا لِأَحَدِهِمَا جَنَّتَيْنِ مِنْ أَعْنَابٍ وَحَفَفْنَاهُمَا بِنَخْلٍ وَجَعَلْنَا بَيْنَهُمَا زَرْعًا كِلْتَا الْجَنَّتَيْنِ آتَتْ أُكُلَهَا وَلَمْ تَظْلِم مِّنْهُ شَيْئًا وَفَجَّرْنَا خِلَالَهُمَا نَهَرًا وَكَانَ لَهُ ثَمَرٌ فَقَالَ لِصَاحِبِهِ وَهُوَ يُحَاوِرُهُ أَنَا أَكْثَرُ مِنكَ مَالًا وَأَعَزُّ نَفَرًا وَدَخَلَ جَنَّتَهُ وَهُوَ ظَالِمٌ لِّنَفْسِهِ قَالَ مَا أَظُنُّ أَن تَبِيدَ هَٰذِهِ أَبَدًا وَمَا أَظُنُّ السَّاعَةَ قَائِمَةً وَلَئِن رُّدِدتُّ إِلَىٰ رَبِّي لَأَجِدَنَّ خَيْرًا مِّنْهَا مُنقَلَبًا قَالَ لَهُ صَاحِبُهُ وَهُوَ يُحَاوِرُهُ أَكَفَرْتَ بِالَّذِي خَلَقَكَ مِن تُرَابٍ ثُمَّ مِن نُّطْفَةٍ ثُمَّ سَوَّاكَ رَجُلًا لَّٰكِنَّا هُوَ اللَّهُ رَبِّي وَلَا أُشْرِكُ بِرَبِّي أَحَدًا وَلَوْلَا إِذْ دَخَلْتَ جَنَّتَكَ قُلْتَ مَا شَاءَ اللَّهُ لَا قُوَّةَ إِلَّا بِاللَّهِ إِن تَرَنِ أَنَا أَقَلَّ مِنكَ مَالًا وَوَلَدًا فَعَسَىٰ رَبِّي أَن يُؤْتِيَنِ خَيْرًا مِّن جَنَّتِكَ وَيُرْسِلَ عَلَيْهَا حُسْبَانًا مِّنَ السَّمَاءِ فَتُصْبِحَ صَعِيدًا زَلَقًا أَوْ يُصْبِحَ مَاؤُهَا غَوْرًا فَلَن تَسْتَطِيعَ لَهُ طَلَبًا وَأُحِيطَ

بِثَمَرِهِۦ فَأَصْبَحَ يُقَلِّبُ كَفَّيْهِ عَلَىٰ مَآ أَنفَقَ فِيهَا وَهِىَ خَاوِيَةٌ عَلَىٰ عُرُوشِهَا وَيَقُولُ يَٰلَيْتَنِى لَمْ أُشْرِكْ بِرَبِّىٓ أَحَدًا وَلَمْ تَكُن لَّهُۥ فِئَةٌ يَنصُرُونَهُۥ مِن دُونِ ٱللَّهِ وَمَا كَانَ مُنتَصِرًا﴾ [الكهف: ٣٢-٤٣].

وجعل الله - سبحانه وتعالى - من قصة سبأ آية على أن الكفر والمعاصى سبب فى زوال النعم والأموال مهما اتخذ الإنسان من الأسباب والاحتياطات، قال تعالى: ﴿لَقَدْ كَانَ لِسَبَإٍ فِى مَسْكَنِهِمْ ءَايَةٌ جَنَّتَانِ عَن يَمِينٍ وَشِمَالٍ كُلُوا۟ مِن رِّزْقِ رَبِّكُمْ وَٱشْكُرُوا۟ لَهُۥ بَلْدَةٌ طَيِّبَةٌ وَرَبٌّ غَفُورٌ فَأَعْرَضُوا۟ فَأَرْسَلْنَا عَلَيْهِمْ سَيْلَ ٱلْعَرِمِ وَبَدَّلْنَٰهُم بِجَنَّتَيْهِمْ جَنَّتَيْنِ ذَوَاتَىْ أُكُلٍ خَمْطٍ وَأَثْلٍ وَشَىْءٍ مِّن سِدْرٍ قَلِيلٍ ذَٰلِكَ جَزَيْنَٰهُم بِمَا كَفَرُوا۟ وَهَلْ نُجَٰزِىٓ إِلَّا ٱلْكَفُورَ﴾ [سبأ: ١٥ - ١٧].

فكما هو واضح من القصتين أن الإيمان بالله والطاعة له سببان مهمان فى حفظ المال، وأن الكفران والجحود من عوامل ضياع الأموال وهلاكها. قال الله تعالى: ﴿وَلَوْ أَنَّ أَهْلَ ٱلْقُرَىٰٓ ءَامَنُوا۟ وَٱتَّقَوْا۟ لَفَتَحْنَا عَلَيْهِم بَرَكَٰتٍ مِّنَ ٱلسَّمَآءِ وَٱلْأَرْضِ﴾ [الأعراف: ٩٦].

الأمر الثانى - الوقاية السببية:

الإسلام دين قائم على الأخذ بالأسباب - كما سبق توضيحه - وهو يدعو إلى الحيطة والحذر، ويحذر من الوقوع فى الخطر، ويحث على الاحتراز من المفسدات فى كل الأمور.

ووسائل الوقاية السببية كثيرة نشير إلى أربع منها:

الوسيلة الأولى - اتخاذ الحيطة والحذر لما يتوقع من أحداث قد تصيب المال:

فقد دعا الإسلام إلى الادخار تحسبًا للأزمات، وهذا ما دلنا عليه القرآن عندما قص علينا ما حدث ليوسف - عليه السلام - عندما أوّلَ للملك رؤياه التى رآها فقال: ﴿تَزْرَعُونَ سَبْعَ سِنِينَ دَأَبًا فَمَا حَصَدتُّمْ فَذَرُوهُ فِى سُنۢبُلِهِۦٓ إِلَّا قَلِيلًا مِّمَّا تَأْكُلُونَ﴾ [يوسف ٤٧].

قال القرطبى: هذه الآية أصل فى القول بالمصالح الشرعية التى هى حفظ النفوس والعقول والأنساب والأموال، فكل ما تضمن تحصيل شىء من هذه الأمور فهو مصلحة، وكل ما يفوت شيئا منها فهو مفسدة ودفعه مصلحة[1].

والإسلام - أيضا - يدعو إلى توقى المخاطر التى قد تتلف المال مثل الحرائق،

---

(١) ينظر تفسير القرطبى ٩/٢٠٣ .

فنهى الرسول ﷺ عن ترك النار فى البيوت عند النوم، فقال: «لا تتركوا النار فى بيوتكم حين تنامون»(١) ، وعن أبى موسى الأشعرى، قال: احترق بيت فى المدينة على أهله فى اللَّيلِ، فلما حُدِّث رسول الله ﷺ بشأنهم قال: «إن هذه النار عدوٌ لكم فإذا نمتم فأطفئوها»(٢) . . إلى غير ذلك من الأحاديث التى ترشد إلى أنه يجب على المسلم أن يتوقى الأخطار.

الوسيلة الثانية - أداء الحقوق المالية:

من أسباب وقاية الأموال وحفظها أداء الحقوق المالية التى شرعها الله - سبحانه - سواء كانت هذه الحقوق عينية كالزكاة، والكفارات، والنذور، أو كانت تطوعية كالوقف والوصية والهبة.

وأداء هذه الحقوق والقيام بها - فضلا عن أنها ثمرة المال وغايته - تنمى المال وتزيده، وتدفع عنه الجوائح التى قد تصيبه والآفات التى قد تذهب به، وفى هذا يقول الله تعالى: ﴿وَمَآ أَنفَقْتُم مِّن شَيْءٍ فَهُوَ يُخْلِفُهُۥ وَهُوَ خَيْرُ ٱلرَّٰزِقِينَ﴾ [سبأ: ٣٩]، ويقول: ﴿وَمَا تُنفِقُوا۟ مِنْ خَيْرٍ فَلِأَنفُسِكُمْ ۚ وَمَا تُنفِقُونَ إِلَّا ٱبْتِغَآءَ وَجْهِ ٱللَّهِ ۚ وَمَا تُنفِقُوا۟ مِنْ خَيْرٍ يُوَفَّ إِلَيْكُمْ وَأَنتُمْ لَا تُظْلَمُونَ﴾ [البقرة: ٢٧٢].

وعن أبى هريرة - رضى الله عنه - قال: قال رسول الله ﷺ: ما من يوم يصبح العباد فيه إلا ملكان ينزلان، فيقول أحدهما: اللهم أعط منفقا خلفا، ويقول الآخر: اللهم أعط ممسكًا تلفًا»(٣) .

---

(١) أخرجه البخارى (١٢/ ٣٦٠) كتاب: الاستئذان، باب: لا تترك النار فى البيت (٦٢٩٣) وفى الأدب المفرد (١٢٢٤)، ومسلم (٣/ ١٥٩٦) كتاب: الأشربة، باب: الأمر بتغطية الإناء (١٠٠/ ٢٠١٥)، وعبد الرزاق (١٩٨٧١)، والحميدى (٦١٨)، وأحمد (٢/ ٧، ٨، ٤٤)، وأبو داود (٢/ ٧٨٤) كتاب: الأدب، باب فى إطفاء النار بالليل (٥٢٤٦)، والترمذى (٣/ ٤٠٢)، أبواب الأطعمة، باب: ما جاء فى تخمير الإناء (١٨١٣)، وابن ماجه (٥/ ٣١٨) كتاب: الأدب، باب: إطفاء النار عند المبيت (٣٧٦٩)، وأبو يعلى (٥٤٣٤)، وأبو عوانة (٥/ ٣٣٥)، وأبو نعيم فى الحلية (٩/ ٢٣١) عن ابن عمر .

(٢) أخرجه البخارى (٦٢٩٤)، ومسلم (١٠١/ ٢٠١٦)، وأحمد (٤/ ٣٩٩)، وابن ماجه (٣٧٧٠)، وابن حبان (٥٥٢٠) .

(٣) أخرجه البخارى (٤/ ٥٨) كتاب: الزكاة، باب: قول الله تعالى: ﴿فأما من أعطى واتقى. . .﴾ الآية (١٤٤٢)، ومسلم (٢/ ٧٠٠) كتاب: الزكاة، باب: فى المنفق والممسك (٥٧/ ١٠١٠) .

وذكر الله أن البخل ومنع الحقوق سبب فى ذهاب النعمة، فضرب لأهل مكة مثلا أصحاب الجنة الذين قرروا منع زكاة جنتهم، فأهلكها الله بأن أرسل عليها طائفًا (قيل: نارًا أحرقتها) من عنده.

قال الله تعالى: ﴿إِنَّا بَلَوْنَٰهُمْ كَمَا بَلَوْنَآ أَصْحَٰبَ ٱلْجَنَّةِ إِذْ أَقْسَمُوا۟ لَيَصْرِمُنَّهَا مُصْبِحِينَ وَلَا يَسْتَثْنُونَ فَطَافَ عَلَيْهَا طَآئِفٌ مِّن رَّبِّكَ وَهُمْ نَآئِمُونَ فَأَصْبَحَتْ كَٱلصَّرِيمِ فَتَنَادَوْا۟ مُصْبِحِينَ أَنِ ٱغْدُوا۟ عَلَىٰ حَرْثِكُمْ إِن كُنتُمْ صَٰرِمِينَ فَٱنطَلَقُوا۟ وَهُمْ يَتَخَٰفَتُونَ أَن لَّا يَدْخُلَنَّهَا ٱلْيَوْمَ عَلَيْكُم مِّسْكِينٌ وَغَدَوْا۟ عَلَىٰ حَرْدٍ قَٰدِرِينَ فَلَمَّا رَأَوْهَا قَالُوٓا۟ إِنَّا لَضَآلُّونَ بَلْ نَحْنُ مَحْرُومُونَ قَالَ أَوْسَطُهُمْ أَلَمْ أَقُل لَّكُمْ لَوْلَا تُسَبِّحُونَ قَالُوا۟ سُبْحَٰنَ رَبِّنَآ إِنَّا كُنَّا ظَٰلِمِينَ فَأَقْبَلَ بَعْضُهُمْ عَلَىٰ بَعْضٍ يَتَلَٰوَمُونَ قَالُوا۟ يَٰوَيْلَنَآ إِنَّا كُنَّا طَٰغِينَ عَسَىٰ رَبُّنَآ أَن يُبْدِلَنَا خَيْرًا مِّنْهَآ إِنَّآ إِلَىٰ رَبِّنَا رَٰغِبُونَ﴾ [القلم: ١٧ - ٣٣].

فعوقبوا فى الدنيا بهلاك أموالهم بسبب منعهم الحق المقرر عليهم، وقد يكون هذا الحق واجبًا أو تطوعًا.

إذن فأداء الحقوق المالية وقاية من عذاب الله فى الدنيا، فيبقى المال محفوظًا، وليس هذا فحسب بل يؤدى أداء الحقوق إلى نماء المال وزيادته؛ لأن الله يبارك للعبد المنفق ويدفع عن ماله الآفات، فيجبر نقص الصورة بالبركة الخفية، أضف إلى ذلك أن الثواب الحاصل عن الإنفاق يجبر نقص عينها.

الوسيلة الثالثة - الامتناع من المعاصى المالية:

معصية الله سبب فى محق المال وبركته، وتؤدى أيضًا إلى عقاب الله.

ومن المعاصى المالية وأخطرها: الربا، قال الله تعالى: ﴿يَمْحَقُ ٱللَّهُ ٱلرِّبَوٰا۟ وَيُرْبِى ٱلصَّدَقَٰتِ﴾ [البقرة: ٢٧٦]، والمحق معناه: النقص والذهاب، ومحق المال فى الدنيا: ذهاب بركته وإن كان كثيرًا؛ لأن الربا يفضى إلى كثير من الأضرار الخطيرة؛ يفضى إلى العدواة بين الناس، فالمرابى عدو للمحتاجين وبغيض إلى المعوزين، فهو يستغل حاجة الناس، ومن ثم فقد تؤدى بغضاء الناس له إلى كثير من الأضرار من اعتداء على الأموال والأنفس والثمرات. والربا نوع من أكل أموال الناس بالباطل، والإسلام ينهى عن ذلك أشد النهى، حتى جعل من يقدم على ذلك فكأنما يأكل مال نفسه؛ لأنه بأكل أموال الناس يعطيهم الفرصة للتعدى على ماله، ومن هنا جاء النهى الربانى تحذيرًا من هذا الأمر فقال الله تعالى: ﴿وَلَا تَأْكُلُوٓا۟ أَمْوَٰلَكُم بَيْنَكُم بِٱلْبَٰطِلِ وَتُدْلُوا۟ بِهَآ إِلَى ٱلْحُكَّامِ لِتَأْكُلُوا۟ فَرِيقًا مِّنْ أَمْوَٰلِ ٱلنَّاسِ بِٱلْإِثْمِ وَأَنتُمْ تَعْلَمُونَ﴾

[البقرة: ١٨٨]، وقال أيضًا: ﴿يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُواْ لَا تَأْكُلُوٓاْ أَمْوَٰلَكُم بَيْنَكُم بِٱلْبَٰطِلِ إِلَّآ أَن تَكُونَ تِجَٰرَةً عَن تَرَاضٍ مِّنكُمْ وَلَا تَقْتُلُوٓاْ أَنفُسَكُمْ إِنَّ ٱللَّهَ كَانَ بِكُمْ رَحِيمًا وَمَن يَفْعَلْ ذَٰلِكَ عُدْوَٰنًا وَظُلْمًا فَسَوْفَ نُصْلِيهِ نَارًا وَكَانَ ذَٰلِكَ عَلَى ٱللَّهِ يَسِيرًا﴾ [النساء: ٢٩: ٣٠].

ولخطورة الربا أعلن الله - جل وعلا - الحرب منه ومن رسوله على مرتكبيه، فقال ﴿يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُواْ ٱتَّقُواْ ٱللَّهَ وَذَرُواْ مَا بَقِيَ مِنَ ٱلرِّبَوٰٓاْ إِن كُنتُم مُّؤْمِنِينَ فَإِن لَّمْ تَفْعَلُواْ فَأْذَنُواْ بِحَرْبٍ مِّنَ ٱللَّهِ وَرَسُولِهِۦ﴾ [البقرة: ٢٧٨ - ٢٧٩].

وقال ابن عباس: «من كان مقيمًا على الربا لا ينزع عنه فحق على إمام المسلمين أن يستتيبه، فإن نزل وإلا ضرب عنقه»[١] . هذا بالإضافة إلى ما للربا من مضار اقتصادية كبرى؛ حيث يؤدى إلى التضخم وزيادة نسبة الفقر وتركُز الثروة فى أيدى قلة من الناس، إلى غير ذلك من الأضرار الفاتكة بالمجتمع.

ومن المعاصى المالية: الغش والخداع والغصب والسرقة وجحد الحقوق وإضاعة الأمانات، واستحلال ما لا تطيب به نفس مالكه أو حَرَّمَتْهُ الشريعة - وإن طابت به نفس مالكه - كمهر البَغِىّ وحلوان الكاهن، وأثمان الخمور والخنازير والملاهى والقيان وغير ذلك، فعن المغيرة بن شعبة أن رسول الله ﷺ نهى عن إضاعة المال[٢] .

وإضاعة المال إنفاقه فى غير وجوهه المأذون فيها شرعًا، سواء كانت دينية أو دنيوية؛ لأن الله - تعالى - جعل المال قيامًا لمصالح العباد، وفى التبذير تفويت لتلك المصالح.

الوسيلة الرابعة - حماية المال الموجود وصيانة المال المفقود:

شرع الإسلام تأمين المال الموجود عند صاحبه ووقايته من الضياع، وذلك بحفظه عند شخص أمين أو فى مكان آمن فيما يسمى فى الفقه الإسلامى بالوديعة، أما المال الضائع من صاحبه فإذا وجده أحد الناس فيجب عليه صيانته وتعريفه حتى يتسنى لصاحبه العثور عليه، وهو ما يعرف باللقطة.

---

(١) ينظرتفسير القرطبى ٣/ ٣١٢، ٣٥٩، ٣٦٣ .
(٢) تقدم .

والوديعة واللقطة من أعمال البر التى أمر الله بها عباده المؤمنين قائلا: ﴿وَتَعَاوَنُوا عَلَى الْبِرِّ وَالتَّقْوَىٰ وَلَا تَعَاوَنُوا عَلَى الْإِثْمِ وَالْعُدْوَانِ﴾ [المائدة: ٢].

الأمر الثالث - الوقاية الجزائية:

أوجب الإسلام العمل على كل قادر لتحصيل كفايته، ووضع القواعد التى تحفظ التوازن فى المجتمع المسلم وتوفر العدل فى المبادلات، وتفى بالحاجات، وحث على السعى فى تحصيل الأموال وعمارة الأرض بالطرق المشروعة، ونهى عن تحصيلها بطريق الربا والاستغلال والتجارة فيما يفسد العقل والصحة كالخمر والخنزير، أو يفسد الخلق كالميسر والقمار والرقص، أو بطريق السرقة والنهب والاختلاس والرشوة... إلى غير ذلك من الأمور التى تضر بالمال وتفسده[1] .

وإضافة إلى نهى الإسلام عن اقتراف كل ما يضر بالمال أو يتلفه فإنه وضع بعض الجزاءات التى تمثل عقوبات رادعة لكل من تسول له نفسه الإقدام على شىء من ذلك؛ فمن غلبته نفسه، ودفعته شهوته فى الإجرام وقع تحت طائل العقوبة المحددة.

ومن العقوبات الجزائية الواقية التى وضعها الإسلام فى هذا الشأن حد السرقة وحد الحرابة:

أما حد السرقة فقد قضى الإسلام بقطع يد السارق التى من شأنها أن تباشر السرقة، وفى ذلك حكمة بينة؛ إذ إن اليد الخائنة بمثابة عضو مريض يجب بتره؛ ليسلم الجسم، والتضحية بالبعض من أجل الكل مما اتفقت عليه الشرائع والعقول، كما أن قطع يد السارق عبرة لمن تحدثه نفسه بالسطو على أموال الناس؛ فلا يجرؤ أن يمد يده إليها، وبهذا تحفظ الأموال وتصان، جاء فى شرح صحيح مسلم للنووى أن القاضى عياض قال: «صان الله الأموال بإيجاب القطع على السارق ولم يجعل ذلك فى غير السرقة كالاختلاس والانتهاب والغصب لأن ذلك قليل بالنسبة للسرقة ولأنه يمكن استرجاع هذا النوع بالاستدعاء إلى ولاة الأمور وتسهل إقامة البينة عليه بخلاف السرقة؛ فإنه تندر إقامة البينة عليها، فعظم أمرها واشتدت عقوبتها؛ ليكون أبلغ فى الزجر عنها».

---

(١) راجع نظرية التأمين التعاونى للدكتور رجب عبد التواب ص٣٣٤ .

يقول الله تعالى: ﴿وَٱلسَّارِقُ وَٱلسَّارِقَةُ فَٱقْطَعُوٓاْ أَيْدِيَهُمَا جَزَآءًۢ بِمَا كَسَبَا نَكَٰلًا مِّنَ ٱللَّهِ ۗ وَٱللَّهُ عَزِيزٌ حَكِيمٌ﴾ [المائدة: ٣٨].

وأما حد الحرابة فهو عقوبة شديدة لنفر من الناس حملوا السلاح وقطعوا على الناس طريقهم فقتلوا وغصبوا المال وسعوا فى الأرض فسادًا، وفى هذا يقول الله - تبارك وتعالى -: ﴿إِنَّمَا جَزَٰٓؤُاْ ٱلَّذِينَ يُحَارِبُونَ ٱللَّهَ وَرَسُولَهُۥ وَيَسْعَوْنَ فِى ٱلْأَرْضِ فَسَادًا أَن يُقَتَّلُوٓاْ أَوْ يُصَلَّبُوٓاْ أَوْ تُقَطَّعَ أَيْدِيهِمْ وَأَرْجُلُهُم مِّنْ خِلَٰفٍ أَوْ يُنفَوْاْ مِنَ ٱلْأَرْضِ ۚ ذَٰلِكَ لَهُمْ خِزْىٌ فِى ٱلدُّنْيَا ۖ وَلَهُمْ فِى ٱلْءَاخِرَةِ عَذَابٌ عَظِيمٌ إِلَّا ٱلَّذِينَ تَابُواْ مِن قَبْلِ أَن تَقْدِرُواْ عَلَيْهِمْ ۖ فَٱعْلَمُوٓاْ أَنَّ ٱللَّهَ غَفُورٌ رَّحِيمٌ﴾ [المائدة: ٣٣ - ٣٤].

والعقوبات التى قررتها الآية هى: القتل أو الصلب، أو تقطيع الأيدى والأرجل من خلاف، أو النفى من الأرض، وهذه العقوبات جاءت معطوفة بحرف (أو)، فقال بعض العلماء: هى للتخيير، وقال أكثر العلماء هى للتنويع وليس للتخيير.

والرأى الثانى أضبط؛ فقد روى الإمام الشافعى فى مسنده عن ابن عباس - وهو أعلم الناس باللغة وأفقههم فى القرآن الكريم - أنه قال: «إذا قتلوا وأخذوا الأموال صلبوا، وإذا قتلوا ولم يأخذوا المال قتلوا ولم يصلبوا، وإذا أخذوا المال ولم يقتلوا قطعت أيديهم وأرجلهم من خلاف، وإذا أخافوا السبيل ولم يأخذوا مالا نفوا من الأرض»[١].

فهذه الحدود الغرض منها الزجر وكف العدوان وتأمين الناس فى دورهم ومنازلهم وتأمين سيرهم فى الطرقات ليلًا ونهارًا، وتأمين وسائل كسب العيش وتحصيل الرزق، وتأمين الناس من الخداع والحيل، سواء كان المعتدى عليه كبيرًا أو صغيرًا.

العنصر الثالث - تأمين الجبر:

والمقصود بتأمين الجبر - هنا - هو: «ضمان العوض المالى المستحق شرعًا جبرًا للضرر الناشئ عن إتلاف المال أو جزء منه»، وهو ينقسم إلى قسمين:

القسم الأول - الضمان: وقد تقدم الكلام عليه مفصلًا فى شرحنا لكلام المصنف الشيخ أبى إسحاق رحمه الله تعالى: بما يغنى عن إعادة الكلام عنه ههنا.

---

(١) أخرجه الشافعى (٢٨٢ - ترتيب المسند).

القسم الثانى - ضمان الجوائح:

والجوائح لغة الاستئصال، فجاح الشىء استأصله، والجمع جوائح، ومنه: الجائحة، وهو الشدة التى تجتاح المال، يقال: جاحتهم الجائحة، واجتاحتهم، واجتاح الله ماله، وأجاحه بمعنى: أهلكه بالجائحة[١] .

والجوائح اصطلاحًا: هو ما أتلف من معجوز عن دفعه قدرًا. وقيل: الجائحة: كل آفة لاصنع للآدمى فيها[٢] .

وتكون الجوائح من كل شىء لا يستطاع دفعه عادة من أمر سماوى كبرد وثلج وغبار وسموم - أى ريح حارة - وجراد وفأر وعطش ونحو ذلك.

أدلة مشروعية وضع الجوائح:

١ - عن جابر أن النبى ﷺ وضع الجوائح»، وفى لفظ لمسلم: «أمر بوضع الجوائح»[٣] .

٢ - وعنه قال: قال رسول الله ﷺ «إن ابتعت من أخيك ثمرًا فأصابته جائحة، فلا يحل لك أن تأخذ منه شيئا بم تأخذ مال أخيك بغير حق»[٤] ؟!

قال الشوكانى: «فيه دليل على وضع الجوائح؛ لأن معناه أن الثمر إذا تلف كان الثمن المدفوع بلا عوض، فكيف يأكله البائع بغير عوض»[٥]

٣ - عن أبى سعيد قال: أصيب رجل فى عهد رسول الله ﷺ فى ثمار ابتاعها، فكثر دينه، فقال رسول الله ﷺ: «تصدقوا عليه». فتصدق الناس عليه فلم يبلغ ذاك وفاء دينه، فقال رسول الله ﷺ لغرمائه: «خذوا ما وجدتم وليس لكم إلا ذلك»[٦] .

٤ - روى مالك فى الموطأ عن أبى الرجال محمد بن عبد الرحمن عن أمه عمرة بنت عبد الرحمن أنه سمعها تقول: ابتاع رجل ثمر حائط فى زمان رسول الله ﷺ،

---

(١) ينظر الصحاح للجوهرى ومختار الصحاح، وأساس البلاغة، والمعجم الوسيط، مادة (جوح) .

(٢) ينظر نظرية التأمين التعاونى للدكتور رجب عبد التواب ص٣٥٥ .

(٣) تقدم.

(٤) تقدم .

(٥) ينظر نيل الأوطار للشوكانى ٥/ ١٨١ .

(٦) تقدم .

فعالجه وقام فيه، حتى تبين له النقصان، فسأل رب الحائط أن يضع له أو أن يقيله، فحلف ألا يفعل، فذهبت أم المشترى إلى رسول الله ﷺ فقال: «تألى ألا يفعل خيرًا» فسمع ذلك - رب الحائط - فأتى رسول الله ﷺ فقال: «يا رسول الله هو له»[١] .

والجوائح متعددة يمكن بيانها فى قسمين:

القسم الأول: الجوائح التى يتعاون الناس فى حملها، فى مثل حديث رسول الله السابق الذى قال فيه للناس عندما جاءه الرجل الذى كثر دينه: «تصدقوا عليه» وغير ذلك من الأحاديث.

والقسم الثانى: الجوائح التى يتعاون البائع والمشترى فى حملها، فقد اختلف العلماء فى وضع الجوائح فى الثمار، فقال بالقضاء بها: مالك وأصحابه، وأكثر أهل المدينة منهم يحيى بن سعيد الأنصارى وأبى عبيد - وقال بها أحمد وجماعة من أهل الحديث والشافعى فى القديم، ومنعها أبو حنيفة والشافعى فى الجديد، وقالوا: هى من ضمان المشترى وأنه يشبه أن يكون الأمر بوضعها إنما كان قبل النهى عن بيع الثمار، حتى يبدو صلاحها، وكذلك فإن قول رسول الله ﷺ: «تألى ألا يفعل خيرًا» لا يدل على الوجوب، ولو كان واجبًا لأجبره عليه.

أما من قال بوضع الجوائح فعمدتهم الأحاديث السابق ذكرها، وهى صريحة فى الحكم بوضع الجوائح؛ فلا يعدل عنها، قال ابن قدامة الحديث ثابت رواه الأئمة وأورده رواة الحديث، وقال: ولا حجة لهم فى حديثهم؛ فإن فعل الواجب خير، فإذا تألى ألا يفعل الواجب فقد تألى ألا يفعل خيرًا.

وأما الإجبار فلم يفعله النبى ﷺ بمجرد قول المدعى من غير إقرار من البائع ولا حضور؛ ولأن التخلية ليست بقبض تام، كما لو تلفت بعطش عند بعضهم، ولا يلزم من إباحة التصرف تمام القبض بدليل المنافع فى الإجارة»[٢] .

ومعنى هذا أن جوائح الثمار يتحملها البائع والمشترى.

ونخلص مما سبق إلى أن الجائحة تؤدى إلى تعاون المسلمين على تحمل أعبائها

---

(١) تقدم .
(٢) ينظر المغنى ٤/٢١٦ .

وحملها عمن أصابته الجائحة أو جبرها من الزكاة إذا وصل به الحال إلى حد الفقر والحاجة، كما أن جوائح الثمار يتحملها البائع والمشترى حسب قدر الجائحة والزمن الذى حدثت فيه، والأساس فى كلا النوعين جبر الضرر المالى والتعاون على البر والتقوى.

المصالح الحاجية

وكما أمَّن الإسلام المصالح الضرورية أمن أيضا المصالح الحاجية التى تيسر أمور الناس وترفع عنهم الحرج، فهذه الأمور راعاها الإسلام؛ لأنه لو لم يراعها لوقع الناس فى حرج شديد ومشقة.

ويعتبر من رتبة الحاجات ما توسط بين رتبتى الضروريات والتحسينات، والتكاليف الشرعية كلها راجعة إلى جلب مصالح العباد الدنيوية والأخروية ودَرْء المفاسد عنهم، فكل تصرف جر فسادًا أو دفع صلاحًا فهو منهى عنه كإضاعة المال بغير فائدة والنهى عن الأكل على الشبع؛ لما فيه من إتلاف الأموال والأمزجة.

المصالح التحسينية

والمصالح التحسينية هى تحصيل ما يليق بمحاسن العادات ومكارم الأخلاق، وكل ما يقصد به تسيير الناس فى حياتهم على أفضل الطرق وخير المناهج.

المبحث الثالث

خصائص التأمين الإسلامى

نخلص مما ذكرناه فى المبحثين السابقين إلى أن التأمين الإسلامى يتميز بخصائص عدة، وقد فصلناها فيما سبق، ويمكن إجمالها فيما يلى:

أولًا - الشمول والعموم:

يتسم التأمين الإسلامى بالعموم والشمول؛ حيث يشمل الأحداث الأخروية والأحداث الدنيوية، ويؤمِّن المسلم فى حياته الدنيا وحياته الأخرى.

ويشمل التأمين الإسلامى الأحداث العامة والخاصة، ومن أمثلة الأحداث العامة: الزلازل والبراكين والخسف والغرق والقحط والجدب، ومن أمثلة الأحداث الخاصة الخوف والحزن والفقر والنقص فى الأموال والأنفس والثمرات والعدوان والأذى

وغير ذلك.

ثانيا - التلازم بين الإيمان والتأمين والعمل بالتكاليف الشرعية:

يرتكز التأمين الإسلامى على دعامتين أساسيتين هما: الإيمان والعمل بالتكاليف الشرعية، فلا أمن بدون إيمان، ولا تأمين بدون العمل بالتكاليف الشرعية لتأمين المسلم فى حياته الدنيوية وحياته الأخروية.

قال الله - تعالى -: ﴿وَلَوْ أَنَّ أَهْلَ ٱلْقُرَىٰٓ ءَامَنُواْ وَٱتَّقَوْاْ لَفَتَحْنَا عَلَيْهِم بَرَكَٰتٍ مِّنَ ٱلسَّمَآءِ وَٱلْأَرْضِ وَلَٰكِن كَذَّبُواْ فَأَخَذْنَٰهُم بِمَا كَانُواْ يَكْسِبُونَ أَفَأَمِنَ أَهْلُ ٱلْقُرَىٰٓ أَن يَأْتِيَهُم بَأْسُنَا بَيَٰتًا وَهُمْ نَآئِمُونَ أَوَ أَمِنَ أَهْلُ ٱلْقُرَىٰٓ أَن يَأْتِيَهُم بَأْسُنَا ضُحًى وَهُمْ يَلْعَبُونَ أَفَأَمِنُواْ مَكْرَ ٱللَّهِۚ فَلَا يَأْمَنُ مَكْرَ ٱللَّهِ إِلَّا ٱلْقَوْمُ ٱلْخَٰسِرُونَ﴾ [الأعراف: ٩٦ - ٩٩]

ثالثا - الترابط بين التأمين الدنيوى والتأمين الأخروى:

رأينا - فيما سبق - التقابل واضحًا بين ألوان السعادة وألوان الشقاء، وبين مسببات النعيم ومسببات العذاب، وبين الإيمان والكفر، والتصديق والتكذيب، والطاعة والمعصية، والخير والشر، والسيئة والحسنة.

والجزاء الأخروى يشمل كل عمل يعمله الإنسان سواء كان صغيرًا أو كبيرًا ولو كان مثقال ذرة، وبذلك ربطت الشريعة الإسلامية بين التأمين الدنيوى والتأمين الأخروى، وجعلت أسباب التأمين الدنيوى ووسائله أسبابا ووسائل للتأمين الأخروى؛ لأن الآخرة هى غاية كل عمل وكل تصرف، فالزكاة سبب للتأمين الدنيوى وطاعة الله بأدائها سبب للتأمين الأخروى، والامتناع من أدائها سبب للجزاء السيئ فى الآخرة.

رابعا - الوقاية من الأحداث التأمينية:

الوقاية من الأحداث قبل وقوعها أحد الأقسام الأساسية فى التأمين الإسلامى، فالتأمين الأخروى كله تأمين وقائى؛ لأن أحداث التأمين الأخروى أحداث مستقبلية يستحيل حدوثها فى الحياة الدنيا، وإنما تبدأ عند الوفاة والانتقال من الدنيا إلى الآخرة، ويجب على المسلم أن يتقى الأحداث ويؤدى ما كلفه الله به من تكاليف وما أوجبه عليه من أعمال ليأمن هذه الأحداث.

وبالنسبة للأحداث الدنيوية فالشريعة الإسلامية مبنية على الاحتياط والأخذ بالحزم

والتحرز مما عسى أن يكون طريقًا إلى المفسدة[١] .

خامسًا: تحقيق العدل والتوازن الاقتصادى فى المجتمع.

المال فى الإسلام ليس غاية فى ذاته؛ وإنما هو وسيلة لقضاء الحوائج وقيام المعايش، وملكية الإنسان له ملكية مجازية؛ فهو ملك لله على الحقيقة، فالمال مال الله، ليس لأحد فيه شىء والإنسان مستخلف عليه، فإذا مات انتهى انتفاعه به، وأصبح بالنسبة له منعدم القيمة إلا فيما آل إليه عمله وتصرفه فيه، فيلقى جزاء ذلك التصرف، ومن ثم شرع الإسلام أحكامًا تحقق العدل والتوازن فى توزيع الأموال وتداولها بين الناس، فلا تستأثر به فئة قليلة تتداوله فيما بينها وتتحكم فى أرزاق الناس ومعايشهم، وتحول المال من أن يكون وسيلة للإصلاح وطريقًا إلى طاعة الله إلى وسيلة للمفاسد والطغيان.

والأحكام التى وضعها الإسلام للمال منها ما يضمن العدالة فى توزيع الثروة، ومنها ما يضمن أسلوب التكافل الاجتماعى، ومنها ما يمنع تضخم الثروات وتجمعها فى يد فئة قليلة وتجرد رأس المال من وسائل الطغيان والجبروت والسيطرة على شئون الحياة وتضمن الحياة الإنسانية الكريمة.

ومن الوسائل التى شرعها الإسلام لحفظ التوازن الاقتصادى تحريمه للربا والاستغلال والكسب بدون عمل أو إنتاج، وتحريم الاحتكار والاكتناز؛ حتى لا يبقى المال مخزونًا معطلا، وتحريمه الإسراف والتبذير ضمانًا للاعتدال... إلى غير ذلك من الشرائع.

سادسًا - تأمين الكفاية لغير القادرين بدون عوض.

الأصل فى الإسلام أن يقوم المكلف بمصالح نفسه، فإذا عجز عن ذلك لضرورة لحقته سقط عنه التكليف بتلك المصالح أو بعضها، وحينئذ يتعين على أفراد المجتمع الإسلامى القادرين القيام بتحقيق مصالح غير القادرين؛ ولذلك شرعت الزكاة والإقراض والتعاون على البر والتقوى، بل يشرع دفع المفاسد التى لا يستطاع دفعها، وذلك بما يحقق لهم حد الكفاية وحد الكفاية - كما سبق بيانه - هو: الحد الفاصل بين الغنى والفقر، ويدخل فى الكفاية المطعم والمشرب والملبس والمسكن

(١) ينظر الموافقات فى أصول الشريعة لأبى إسحاق الشاطبى ٢/ ٣٦٤ .

والأثاث والزواج ووسيلة الانتقال وآلة الحرفة وكتب العلم والعلاج وسائر ما لا بد له منه على ما يليق بحاله بغير إسراف ولا إقتار للشخص، ومن هم فى نفقته.

ومصادر الكفاية منها ما هو إلزامى كالزكاة والكفارات والنذور وحقوق الأقارب والحقوق الواجبة. ومنها ما هو تطوعى نحو الوصية والهبة والصدقة وغير ذلك.

سابعًا - جبر الأضرار:

شرع الإسلام الجبر فى النفوس والأموال عوضًا عما أصاب المجنى عليه وزجرًا للجانى، فشرع القصاص فى الأنفس، والدية، والنفى، وغير ذلك من أنواع الجبر والردع، ويجبر المال بضمان عين المال، إن كان قائمًا أو مثله إن كان مثليًا أو قيمته إن كان قيميًا، ويضمن المال بالعقد واليد والإتلاف، ويضمن المال بالإتلاف حالات العمد والخطأ، ويلزم بالضمان من لا إدراك له فى ماله؛ لأن المراد بالضمان الجبر.

ثامنًا - تعدد الضمان ووحدة الوفاء بالحق:

يصح ضمان الحق المطلوب من الغير، وهو من أعمال البر يقوم به الضامن على أنه من أعمال البر والمعروف لا يأخذ عليه أجرًا أو عوضًا، ويصح أن يضمن الحق الواحد أكثر من ضامن، ويصح أن يضمن ضامن المضمون عنه ضامنٌ آخر أو أكثر من ضامن، ويصح من ثالث وهكذا؛ وذلك لحفظ الحقوق وصيانة الأموال وجبر ما انتقص من أموالهم ودفعًا للعدوان.

تاسعًا - الزجر والردع:

حرم الله - سبحانه وتعالى - الخروج على الدين وإتلاف النفس والعقل والعرض والمال، ووضع عقوبات رادعة لمن تسول له نفسه التعدى والتجاوز على هذه المصالح، إضافة إلى العقوبة الأخروية.

عاشرًا - التعاون:

من خصائص التأمين الإسلامى التعاون؛ حيث قال الله تعالى: ﴿وَتَعَاوَنُوا عَلَى الْبِرِّ وَالتَّقْوَىٰ وَلَا تَعَاوَنُوا عَلَى الْإِثْمِ وَالْعُدْوَانِ﴾ [المائدة: ٢]

والتعاون فى الإسلام وسيلة لحفظ المقاصد الأصلية، وهو مشروع لحفظ هذه المقاصد للغير الذى لا يستطيع القيام بمصالح نفسه.

الفصل الثالث

موقف الشريعة الإسلامية من التأمين الوضعى

ويشتمل على:

المبحث الأول: مراحل بحث التأمين فى ضوء الشريعة.

المبحث الثانى: تحرير الآراء فى التأمين.

مدخل:

بعد أن بينا التأمين فى القانون الوضعى ومفهومه فى الإسلام نتعرض للتأمين من الوجهة الوضعية مقارنة بالشريعة الإسلامية.

والتأمين كفكرة مجردة من وسائلها تستهدف التضامن والتعاون، يعد مشروعًا، وإن حكمه ليس بحاجة إلى بحث تستهدفه هذه الدراسة؛ ولكن شرعيته لا تستلزم بالضرورة شرعية ما تضمن الغرر من العقود التى توصل لتلك الفكرة وتعمل على تحقيقها.

وقد علمنا أن التأمين أو المعاملات التأمينية ظهرت فى العصر الحديث فى النصف الأول من القرن الثالث عشر الهجرى، ومنذ ذلك الوقت بدأ استنباط الحكم الشرعى لهذا النوع من المعاملات، واختلفت الآراء، واشتد الجدل حولها، ولا أدل على ذلك من المؤتمرات التى عقدت لهذا الشأن والبحوث التى قدمت والفتاوى التى قيلت.

المبحث الأول

مراحل بحث عقد التأمين فى ضوء الشريعة الإسلامية

ستتناول فى النقاط التالية مراحل بحث عقد التأمين والبحوث والفتاوى التى جاءت بشأنه، وقد أفدنا فى هذا كثيرًا من بحث لفضيلة الشيخ محمد أحمد فرج السنهورى عضو مجمع البحوث الإسلامية جاء ضمن بحوث اقتصادية وتشريعية صادرة عن المؤتمر السابع لمجمع البحوث الإسلامية شعبان سنة ١٣٩٢هـ، سبتمبر سنة ١٩٧٢م.

أولا: مراحل بحث التأمين فى مجمع البحوث الإسلامية:

تقدم فضيلة الأستاذ على الخفيف، عضو مجمع البحوث الإسلامية، إلى المؤتمر

الثانى المنعقد فى المحرم وصفر من سنة ١٣٨٥هـ، مايو ويونيو من سنة ١٩٦٥م - ببحث ضاف تناول فيه أنواع التأمينَ المعروفة، وبَيّنَ طبيعتها ومفاهيمها، وذهب إلى حلّها جميعها، من طريق الاستنباط، ورد على شبَهِ من يخالفون فى ذلك، أو فى بعضه.

وقد نظرته - أثناء انعقاد المؤتمر - لجنة خاصة، وهى لجنة البحوث الفقهية، التى ضم إليها عضوان من أعضاء المجمع هما: المرحوم الدكتور محمد عبد الله العربى، والأستاذ وفيق القَصَّار، وتقدمت بتقريرها إلى المؤتمر، وقد تبين منه: الاتفاق على حل التأمين الاجتماعى، بمختلف صوره، وأن التأمين الذى تقوم به الشركات لم يجتمع أكثر من اثنين من أعضائها على رأى فيه، فأصدر المجمع فى التأمين قراره التالى:

١ - التأمين الذى تقوم به جمعيات تعاونية يشترك فيها جميع المستأمنين؛ لتؤدى لأعضائها ما يحتاجون إليه، من معونات وخدمات - أمر مشروع، وهو من التعاون على البر.

٢ - نظام المعاشات الحكومى، وما يشبهه من نظام الضمان الاجتماعى المتبع فى بعض الدول، ونظام التأمينات الاجتماعية المتبع فى دول أخرى - كل هذا من الأعمال الجائزة.

٣ - أما أنواع التأمينات التى تقوم بها الشركات - أيًا كان وضعها - مثل: التأمين الخاص بمسئولية المستأمن، والتأمين الخاص بما يقع على المستأمن من غيره، والتأمين الخاص بالحوادث التى لا مسئول فيها، والتأمين على الحياة وما فى حكمه - فقد قرر المؤتمر الاستمرار فى دراستها، بواسطة لجنة جامعة لعلماء الشريعة، وخبراء اقتصاديين واجتماعيين، مع الوقوف - قبل إبداء الرأى - على آراء علماء المسلمين فى جميع الأقطار الإسلامية، بالقدر المستطاع.

٤ - وقد طلب من اللجنة السابقة أن تستمر فى دراسة هذا الموضوع، على أن تستعين فى دراستها له بمن ترى الاستعانة بهم من علماء الشريعة الإسلامية، ومن الخبراء الذين أشار إليهم المجمع، وقد استعانت اللجنة بثلاثة من العلماء: أحدهم مالكى، والآخر شافعى والثالث حنبلى، كما استجاب لدعوتها نخبة كافية من الاقتصاديين والاجتماعيين، وتوالت اجتماعات هذه اللجنة، فى أكثر من سبعة عشر

اجتماعًا - درست فيها هذا الموضوع من جميع نواحيه، واتضحت جميع المفاهيم، وقام الشرعيون فى اللجنة بتطبيق أحكام المذاهب المختلفة، وما تقتضيه فى هذا الموضوع.

وفى المؤتمر الثالث للمجمع، المنعقد فى ١٣ رجب سنة ١٣٨٦هـ - ٢٧ أكتوبر سنة ١٩٦٦م قدم التقرير الثانى للجنة مشتملا على موجز واضح لأصل البحث، وعلى نتيجة الدراسة الاقتصادية والاجتماعية، وعلى ما تضمنته المذكرات التى وضعها أعضاء اللجنة الشرعيون فى تطبيق المذاهب المختلفة، وعلى ما أمكن الوصول إليه بشأن انتشار التأمين فى البلاد الرأسمالية والاشتراكية، وكل ما يتصل بهذا الموضوع.

ثم قرر المؤتمر فيما يتعلق بمختلف أنواع التأمين لدى الشركات أن يستمر المجمع فى استكمال دراسته للعناصر المالية والاقتصادية والاجتماعية المتعلقة به، وأن يستمر فى الوقوف على آراء علماء المسلمين فى الأقطار الإسلامية بالقدر المستطاع؛ حتى يتهيأ استنباط أحكام لأنواع هذا التأمين.

وقد أعد الأمين العام للمجمع آنذاك: فضيلة الأستاذ الدكتور محمود حب الله استفتاء وقعه وطبعه، وقد استعرض وجهة نظر رجال القانون ورجال الاقتصاد، نحو التأمين، وبين أقسام التأمين الخاص، وقال: إنه منذ أن ظهر التأمين فى الأقطار الإسلامية، تناوله بعض المؤلفين ورجال الفقه، وكلما ازداد انتشاره اتسعت الدعاية له، وكثر الخوض فيه، فتناوله العلماء وغيرهم فرادى، وفى بعض الهيئات، واختلفت آراؤهم فيه اختلافًا بينًا، وقد أثيرت فى بحوث الباحثين المسائل الفقهية الآتية:

١ - جواز إحداث عقود غير العقود المعروفة فى صدر الإسلام أو عدم جوازه.

٢ - تطبيق أحكام الضمان والكفالة على التأمين أو عدم تطبيقها.

٣ - أحكام الجهالة والغرر والقمار والمراهنة.

٤ - هل فى التأمين أكل لأموال الناس بالباطل، أو لا؟

٥ - هل فى بعض أنواع التأمينات ربا، أو شبهة ربا، أو التأمين خال من ذلك؟

٦ - هل يمكن أن تطبق على التأمين أحكام عقد الصرف أو لا؟

٧ - هل فيه إعانة الشركات على استغلال المحرم أو لا؟ وإذا كانت فيه، فهل

تبطل شرعًا أو لا؟ وهل فيه غبن مبطل أو لا؟

٨ - هل فى إباحته للمسلمين إبطال لمقوماتهم وخصائصهم الدينية، دون حاجة إليه، أو ليس فيه شىء من ذلك؟

٩ - هل يصح الاستناد فى إباحته إلى العرف والضرورة الاجتماعية أو لا يصح؟ إلى غير ذلك من المسائل الفقهية التى دعا إليها التوسع فى البحث. ثم أشار إلى قرار المؤتمر، وقال: إن الأمانة العامة إذ تبلغكم هذه الخلاصة، ترجو موافاتها برأيكم - فى أقرب فرصة ممكنة - فى المشكلات التى يثيرها التأمين، وفى الحكم الشرعى الخاص بها.

وقد أرسل هذا الاستفتاء إلى علماء المسلمين فى خارج جمهورية مصر العربية، وفى داخلها. أما فى الخارج: فقد أرسل بالكيفية الآتية:

١ - مجموعة لكل عضو من أعضاء المجمع؛ ليوجهها إلى من يرى من علماء الدين.

٢ - مجموعة لكل عالم من علماء الدين الذين اشتركوا فى مؤتمرات المجمع.

٣ - مجموعة لكل سفارة من سفارات مصر، لدى الدولة الآتية:

الأردن - أفغانستان - أندونيسيا - سفارة أفغانستان بإيران - باكستان - تركيا - الجزائر - السعودية - السودان - سوريا - الصومال - العراق - الكويت - لبنان - ليبيا - ماليزيا - المغرب - موريتانيا - الهند - اليمن.

وأما فى داخل الجمهورية: فقد أرسل ما يأتى:

١ - مجموعة لكل عميد من عمداء: كليات الشريعة، وأصول الدين، واللغة العربية؛ ليتولى كل عميد توزيع مجموعته على العلماء بكليته.

٢ - العلماء بإدارة الأزهر، أرسل إلى كل منهم باسمه.

٣ - أرسلت مجموعة إلى كل شيخ من شيوخ المعاهد الأزهرية؛ ليتولى توزيعها.

٤ - أرسلت مجموعة إلى مدير الوعظ؛ ليتولى توزيعها.

٥ - أرسلت مجموعة إلى مفتى الجمهورية؛ ليوجهها إلى من يرى.

٦ - أرسلت مجموعة إلى وزارة العدل؛ لتتولى توجيهها إلى القضاة الشرعيين.

٧ - أرسلت مجموعات إلى عمداء الحقوق فى الجامعات المصرية؛ ليتولوا

توزيعها على أساتذة الشريعة بها.

٨ - أرسلت مجموعة إلى مدير الدعوة بوزارة الأوقاف؛ ليتولى توجيهها.

٩ - أرسلت مجموعة إلى نقيب المحامين؛ ليتولى توجيهها إلى المحامين، من علماء الشريعة والمهتمين بها.

١٠ - أرسل إلى مجلة الأزهر، ولواء الإسلام، ومنبر الإسلام، ومجلة الشبان، والوعى الإسلامى بالكويت، والهدى الإسلامى بليبيا، مع رجاء نشره، والتقديم له بمقدمة موجهة، تدعو إلى المشاركة فى هذا الواجب الدينى.

هذا ما قامت به الأمانة العامة نحو هذا الاستفتاء فى استقصاء جاد وبجهد مشكور.

ثُمَّ بقيت الأمانة العامة، وبقى المجمع يترقبان الإجابات والبحوث التى بدأت ترد على مهل، وفى فترات متباعدة إلى بداية سنة ١٩٧٠، التى قرر مجلس المجمع فيها ألا ينتظر أكثر من ذلك. وما كان قراره هذا ليمنع أحدًا من إرسال ما يريد، ولكنه لم يصل من أحد شىء حتى الآن.

والذى وصل من داخل الجمهورية أربع إجابات: واحدة من مراقب التعليم الثانوى الأزهرى، وثانية من مدرسين بمعهد عثمان ماهر الإعدادى، بلغها شيخ المعهد، من غير أن يبدى هو أى كلمة، وثالثة من مدرس بمعهد الزقازيق الأزهرى ورابعة من واعظ طنطا... وكفى.

ومن خارج الجمهورية وصلت ثمانى عشرة إجابة: اثنتان من الأردن، وواحدة من أندونيسيا، واثنتان من سوريا، وست من العراق، وواحدة من قطر، واثنتان من لبنان، وواحدة من ليبيا، وثلاث من المغرب.

يقول الشيخ محمد أحمد فرج السنهورى وتقع هذه الإجابات جميعها فى أكثر من ستين ومائة ورقة، وقد عكفتُ بعد قرار مجلس المجمع على جمع الآراء التى أبديت فى التأمين بغير طلب من المجمع بمقدار ما استطعت، ووضع خلاصات لها، وقراءة ما أرسل إلى المجمع، ووضع خلاصات له لأهيئ للمؤتمر الوقوف على آراء علماء المسلمين فى الأقطار الإسلامية بالقدر المستطاع كما أراد، وحرصت على أن تكون خلاصات الآراء وافية، غير مخلة بما جاء فيها.

ومع هذا: اتفقت مع الأمانة على إعداد مجموعات تحتوى كل واحدة منها على

التقرير الثانى، للجنة، وعلى نص الاستفتاء، وعلى النصوص الكاملة للإجابات التى وصلت المجمع؛ لتكون مرافقة لهذا التقرير لدى السادة أعضاء المؤتمر.

ولا يفوتنى هنا أن أنوه بالعناية الجادة الفائقة التى استقبل بها الاستفتاء من علماء العراق، وبخاصة علماء النجف الأشرف، ومن علماء رابطة القرويين بالمغرب.

هذا وسنعرض لهذه الآراء التى جاءت ردًا على استفتاء المجمع فيما بعد بمشيئة الله تعالى.

ثانيًا - الآراء التى جاءت بشأن عقد التأمين:

لم يقتصر بحث المعاملات التأمينية المستحدثة على مجمع البحوث الإسلامية واستفتاءاته، بل أفتى العلماء والفقهاء من مختلف الأقطار فيها.

ولا يعرف أن أحدًا حاول استنباط حكم لأى نوع من أنواع التأمين قبل الفقيه محمد أمين بن عابدين - رحمه الله - وما ورد فى البحر الزخار للإمام المهدى الزيدى، أحمد بن يحيى (٧٧٥ - ٨٤٠): من أن ضمان ما يغرق أو يسرق باطل، لم يكن فيه إلا بصدد الضمان فى ذاته، بعوض أو بغير عوض، ولم تكن بصدد التأمين، وإن ظهر منه فى عصره: التأمين البحرى؛ إذ أكبر الظن: أنه لم يكن عرف فى الأقطار الإسلامية. وقد حاول ابن عابدين ذلك فى حاشيته: «رد المحتار على الدر المختار» للحصكفى شرح تنوير الأبصار للغزى، وقد أورد هذا أثناء التعليق على قولهما: «صار ذميًا يجرى القصاص بينه وبين المسلم، فى فصل استئمان الكافر، من باب المستأمن، من كتاب الجهاد بالجزء الثالث من الحاشية، فقد نقل أولا ما نقله ملخصًا عن شرح السير وغيره، ثم قال: «وحاصله: أن المستأمن فى دارنا قبل أن يصير ذميًا، حكمه حكم الذمى، إلا فى وجوب القصاص بقتله، وعدم مؤاخذته بالعقوبات غير ما فيه حق العبد، وفى أخذ العاشر منه العشرَ، وقدمنا قبل هذا الباب أنه التزم أمر المسلمين فيما يستقبل. أقول: وعلى هذا: لا يحل أخذ ماله بعقد فاسد، بخلاف المسلم المستأمن فى دار الحرب؛ فإن له أخذ مالهم برضاهم، ولو بربا أو قمار؛ لأن مالهم مباح لنا، إلا أن الغدر حرام وما أخذ برضاهم ليس غدرًا من المستأمن، بخلاف المستأمن منهم فى دارنا لأن دارنا؛ محل إجراء الأحكام الشرعية، فلا يحل لمسلم فى دارنا أن يعقد مع المستأمن إلا ما يحل من العقود مع المسلمين، ولا يجوز أن يؤخذ منه شىء لا يلزمه شرعًا، وإن جرت العادة به». ثم

قال: «وبما قررناه: يظهر جواب ما كثر السؤال عنه فى زماننا: وهو أنه جرت العادة أن التجار إذا استأجروا مركبًا من حربى يدفعون له أجرته، ويدفعون - أيضًا - مالا معلومًا لرجل حربى مقيم فى بلاده، يسمى ذلك المال: سوكرة، على أنه مهما هلك من المال الذى فى المركب بحرق أو غرق، أو نهب، أو غيره، فذلك الرجل ضامن له بمقابلة ما يأخذه منهم. وله وكيل عنه مستأمن فى دارنا يقيم ببلاد السواحل الإسلامية بإذن السلطان، يقبض من التجار مال السوكرة، وإذا هلك من مالهم فى البحر شىء، يؤدى ذلك المستأمن للتجار بدله تمامًا، والذى يظهر لى: أنه لا يحل للتاجر أخذ بدل الهالك من ماله؛ لأن هذا التزام ما لا يلزم».

وفرق بين هذه المسألة، وبين ضمان المودع إذا أخذ أجرة على الوديعة، وهلكت - بأن المال ليس فى يد صاحب السوكرة، ولو فرض أن المركب له، وكان ذا يد على المال فإنه يكون أجيرًا مشتركًا، وكل من المودع والأجير المشترك لا يضمن ما لا يمكن الاحتراز منه، كالموت، والغرق، ونحو ذلك.

وفرق بينها وبين مسألة التغرير، بما نقله من أن المغرور إنما يرجع على المغرِّر، لو حصل التغرير ضمن المعاوضة، أو ضمن المغرر صفة السلامة للمغرور، وبما استنبطه: من أنه لا بد فى ضمان التغرير: أن يكون المغرور غير عالم به، وأن يكون الغار عالمًا به، ويقصد خديعة المغرور.

وقال: ولا يخفى أن صاحب السوكرة لا يقصد تغرير التجار؛ فلم تكن مسألة السوكرة من قبيل مسألة التغرير.

وقال: إنه إذا كان للتاجر المسلم شريك حربى فى بلاد الحرب، فعقد شريكه هذا العقد مع صاحب السوكرة فى بلادهم - فالظاهر أنه يحل للمسلم أخذ العوض؛ لأن العقد الفاسد جرى بين حربيين فى بلاد الحرب، وقد وصل إليه مالهم برضاهم؛ فلا مانع من أخذه.

وقال: إنه إذا عقد التاجر المسلم هذا العقد فى بلادهم، وقبض البدل فى بلادنا بلا مخاصمة - حل له أخذه؛ لأن العقد الذى صدر فى بلادهم لا حكم له، ويكون قد أخذ مالَ حربىٍّ برضاه، وإن حصلت مخاصمة فى بلادنا: لا يقضى للتاجر بالبدل.

وقال: إن كان العقد فى بلادنا والقبض فى بلادهم، فالظاهر: أنه لا يحل أخذه

ولو برضا الحربى؛ لابتنائه على العقد الفاسد، الصادر فى بلاد الإسلام، فيعتبر حكمه.

وقال: هذا ما ظهر لى فى تحرير هذه المسألة، فاغتنمه؛ فإنك لا تجده فى غير هذا الكتاب.

فابن عابدين يرى: أن عقد التأمين البحرى الذى كثر السؤال عنه فى زمانه لا حكم له، إذا عقد فى بلد غير إسلامى، عقده مسلم أو غيره، وإذا عقد فى بلد إسلامى كان عقد معاوضة فاسدًا، لا يلزم الضمان به؛ لأنه التزام ما لا يلزم شرعًا، ولم يذكر صراحة سبب فساده، وكل ما جاء فى كلامه هو: أن الضمان ألزم ما لا يلزم، ففساد العقد كان للفساد فى أحد بدليه؛ لأنه لا سبب للضمان شرعًا، ولم يذكر ولم يشر إلى غير ذلك من مخاطرة، أو قمار، أو ربا، أو أكل أموال بالباطل، مما كثرت إثارته فى أيامنا.

وله فى حل أخذ المسلم مال البدل بمقتضى هذا العقد: التفصيل المنقول آنفًا.

وإذا كان ابن عابدين لم يكن له رأى إلا فى التأمين البحرى، فإن مذهبه فيه يقضى حتمًا بأن يكون هذا حكم سائر أنواع التأمين؛ لأنه لا يوجد فيها سبب شرعى للضمان فيكون التزام ما لا يلزم، ويكون العقد فى هذه الأنواع عقدًا فاسدًا إذا عقد فى دار الإسلام بين مستأمنين، أو ذميين أو مسلمين، أو اختلط طرفاه، ولا يحل لمسلم أخذ البدل بمقتضاه، وإذا عقد فى بلد غير إسلامى لم يكن له حكم، ويحل للمسلم أخذ البدل بالرضا، لا بالتقاضى.

وقد استفتى المغفور له: الشيخ عبد الرحمن محمود قراعة: الأديب الفقيه الحنفى مفتى الديار المصرية: عن العمليات التى تقوم بها شركات التأمين على الحريق، فأفتى فى ١٥ يناير سنة ١٩٢٥: بأن عمل الشركات على الوجه المبين فى السؤال غير مطابق لأحكام الشريعة الإسلامية، ولا يجوز لأحد أن يعمله - ناظر وقف كان، أو غيره - وذلك لما هو مقرر شرعًا: من أن ضمان الأموال، إما أن يكون بطريق الكفالة، أو بطريق التعدى، وهذا العمل ليس كفالة قطعًا - وأفاض فى بيان ذلك - وليس هناك تعد من المؤمن، ولا يجوز أيضًا أن يكون عقد مضاربة - وأوضح ذلك، ثم قال: إن هذا العمل معلق على خطر، فهو قمار معنى، يحرم الإقدام عليه شرعًا.

وذكر الأستاذ محمد بن الحسن الحجوى الثعالبى: أستاذ العلوم العالية بالقرويين، فى ذيل كتابه الفكر السامى: مسألة التأمين الذى عمت به البلوى، وقال: إن ثلاثة من المفتين أفتوا بتحريم التأمين، ومنهم من حرمه لعلة الغرر، ومنهم من حرمه لعلة القمار، ومنهم من حرمه؛ لأنه ضمان بجعل، وقال: إن الفتاوى الثلاث فاسدة.

وقال: إنما ورد النهى عن بيع الغرر، والتأمين لا بيع فيه ولا معاوضة، والقسط الذى يدفعه المستأمن للشركة ضئيل جدًا، وشبهه بالتبرع أقرب من شبهه بالبيع، والغرر المنهى عنه ورد فى البيع خاصة، لا فى التبرع، ومن الأصوليين من قال: إن النهى عن بيع الغرر قضية عين لا عموم لها، وعلى تسليم أن له عمومًا فما فيه من الغرر يسير، وقد استثنوا الغرر اليسير، وما فى التأمين غرر يسير، وعلى كل حال: هو معاملة عمت بها البلوى، ولو حرمناه لأهلكنا ثروات المسلمين، وحلت النكبات بتجارتهم وشركاتهم، ووقعوا تحت أسر غيرهم.

وقال: إن من زعم أن ضمان المال من الميسر والقمار المحرم بنص القرآن، قد خرج عن منهج الاستنباط المعقول؛ لأن القمار أو الميسر المحرم بالإجماع، إنما يكون فى اللعب والمغالبة، وهو أبعد ما يكون عن ضمان المال.

وقال: إن من أفتى بأن ضمان المال كفالة بجعل، فقد أفتى بما لا يصح لأن التأمين فيه مال مكفول، وليس فيه الكفالة التى أجمعوا على أنها لا تحل، ولا تجوز بجعل؛ لأن الكفالة التى هذا حكمها هى: ضم ذمة إلى ذمة، وهذا غير متحقق فى ضمان المال.

وقال: إن التأمين على الأموال معاملة لم تكن فى الصدر الأول، ولم نقف على نص من قرآن أو سنة يمنعها، ولا نعرف أن أحدًا من المتقدمين تكلم فيها؛ فتكون وفقًا لما ذهب إليه جمهور الأمة صحيحة، حتى يقوم دليل على فسادها.

هذا ما ذهب إليه فى التأمين على الأموال، أما التأمين على الأنفس: فلا يرى جوازه؛ لأنه تأمين لا تدعو إليه ضرورة ولا حاجة؛ فيكون ممنوعًا على الأصل.

وكتب الشيخ عبد الله صيام كلمة عنوانها: «شركات التأمين وهل فى الشريعة الإسلامية ما يجيزها؟» نشرتها له مجلة المحاماة الشرعية، فى سنتها الثالثة ص٦٨٩ و ٦٩٠ فى العدد الثامن، عدد المحرم مايو ١٣٥١هـ - ١٩٣٢م.

فذهب إلى أن التعاقد على النصرة والمعونة من مقاصد الشريعة الإسلامية؛ لأنه من التعاون على البر والتقوى، الوارد فى قوله تعالى: ﴿وَتَعَاوَنُوا۟ عَلَى ٱلْبِرِّ وَٱلتَّقْوَىٰ﴾ [المائدة: ٢]، وتأمين الشركات عقد تعاون ونصرة، ومما يتناوله النص الكريم، وليس فيه ﴿وَأَكْلِهِمْ أَمْوَٰلَ ٱلنَّاسِ بِٱلْبَٰطِلِ﴾ [النساء: ١٦١] لتطبيق قاعدة الأجر والعمل، كما يرى الشيخ بخاتى، ولم لا يقاس على عقد الموالاة الذى كان قبل الإسلام وأقره الإسلام؟! فكل من التأمين والموالاة تعاقد على النصرة والمعونة، وليس فى الموالاة أجر ولا عمل، وإذا كان فى التأمين مخاطرة فى أن توفى كل الأقساط، وتنقضى المدة قبل أن يموت المستأمن، أو تقع الكارثة، أو أن يموت المستأمن أو تقع الكارثة بعد أداء قسط واحد - ففى عقد الموالاة مثل ذلك؛ إذ لا يدرى أيهما يموت قبل الآخر، فيكون الغنم للباقى، وإذا مات صاحب المال الوفير أولا، كان الغنم لصاحب المال القليل، والعاقبة مجهولة فى كل من الموالاة والتأمين؛ فكل من العقدين قصد منه النصرة والتعاون، وفى كل منهما مخاطرة وجهالة عاقبة؛ فليس أحدهما أولى بالجواز من الآخر، ويجب أن نلحق التأمين بالموالاة ونقول: بأنه جائز مثله.

ونشرت مجلة الشبان المسلمين للشيخ أحمد إبراهيم إبراهيم الفقيه، أستاذ الفقه بمدرسة القضاء الشرعى وكلية الحقوق بجامعة القاهرة، فى العدد الثالث من سنتها الثالثة عشرة بحثًا ضافيًا، فى التأمين على الحياة، ذهب فيه: إلى أن عقد التأمين على الحياة مع الشركة ليس عقد مضاربة صحيحة ولا فاسدة - وأفاض القول فى بيان أحكام المضاربة - ثم قال: إنه لا يمكن أن يقال: إن الشركة تتبرع للمستأمن بما التزمته؛ لأن طبيعة عقد التأمين - قانونًا - أنه من عقود المعاوضة الاحتمالية، وإذا قيل: إن ما يدفعه المؤمن للشركة يعتبر قرضًا يسترده مع أرباحه، إذا كان حيًا - فهذا قرض جر نفعًا؛ فهو حرام وهو الربا المنهى عنه، وبالجملة: فالموضوع على أى وجه قلبته، وجدته لا ينطبق على عقد يصححه الشرع الإسلامى، ثم قال: إذا مات المؤمن له قبل إيفاء جميع الأقساط، وقد يموت بعد دفع قسط واحد فقط، وقد يكون الباقى مبلغًا عظيمًا جدًا؛ لأن مبلغ التأمين على الحياة موكول تقديره إلى طرفى العقد، على ما هو معلوم، فإذا أدت الشركة المبلغ المتفق عليه كاملا لورثته، أو لمن جعل له المؤمن ولاية قَبْض ما التزمت به الشركة بعد موته - ففى مقابلة أى شىء

دفعت الشركة هذا المبلغ؟ أليس هذا مخاطرة ومقامرة؟! وإذا لم يكن هذا من صميم المقامرة، ففى أى شىء تكون المقامرة إذن؟ على أن المقامرة حاصلة من ناحية أخرى؛ فإن المؤمن له بعد أن يوفى جميع ما التزمه من الأقساط يكون له كذا، وإن مات قبل أن يوفيها كلها يكون لورثته كذا، أليس هذا قمارًا ومخاطرة؟! حيث لا علم له، ولا للشركة بما سيكون من الأمرين على التعيين.

وإذا كان بحثه فى التأمين على الحياة وحده، فإن سنده فيما ذهب إليه: المخاطرة والمقامرة، وجهالة العاقبة من المتعاقدين، وهذا يجرى على سائر أنواع التأمين، ومن ثم فمذهبه تحريم عقد التأمين على الحياة نصًّا، وفى سائر أنواعه اقتضاء.

وفى عددى صفر وربيع الأول من سنة ١٣٧٣هـ، أكتوبر ونوفمبر سنة ١٩٥٣م - نشرت مجلة الأزهر بحثًا فى التأمين من المسئولية للأستاذ أحمد طه السنوسى ذهب فيه إلى جواز هذا النوع؛ قياسًا على عقد الموالاة، الذى ذهب إلى مشروعيته عدد من كبار فقهاء الصحابة، وفقهاء الأمصار، وعقد التأمين من المسئولية كعقد الموالاة تمامًا، ففى الموالاة: التزم الأعلى بأن يعقل عمن يواليه ما يصدر عنه من جناية الخطأ، وفى عقد التأمين من المسئولية تلتزم الشركة للمستأمن أن تدفع عنه ما ينشأ عن مسئوليته، وفى مقابلة هذين الالتزامين يكون للملتزم عوض مالى، هو الميراث فى عقد الموالاة، والمال الذى يدفعه المستأمن للشركة ولم يتجاوز تأمين المسئولية إلى غيره من أنواع التأمينات؛ لأنه استند إلى عقد الموالاة، وهو لا يكاد ينفعه على طريقته فى الأنواع الأخرى.

وفى عدد رجب سنة ١٣٧٤هـ فبراير سنة ١٩٥٤م نشرت صحيفة لواء الإسلام رأيًا للشيخ عبد الوهاب خلاف (أستاذ الشريعة الإسلامية بكلية الحقوق - جامعة القاهرة) فى التأمين على الحياة ذهب فيه إلى أنه عقد جائز؛ لأنه عقد مضاربة، والمضاربة عقد شركة فى الربح بمال من طرف، وعمل من الطرف الآخر، وفى التأمين: المال من جانب المشتركين الذين يدفعون الأقساط، والعمل من جانب الشركة التى تستغل هذه الأموال، والربح يكون للشركة وللمشتركين حسب التعاقد، وقال: إن من شرط صحة المضاربة: أن تكون حصة كل من المتعاقدين نصيبًا نسبيًا من الربح، لا نصيبًا معينًا، ولكن هذا الشرط الفقهى تصح مخالفته للمصلحة، واستند إلى ما جاء فى تفسير صاحب المنار: من أنه لا يدخل فى الربا المحرم - بالنص الذى لا شك فى

تحريمه - من يعطى آخر مالا يستغله، ويجعل له من كسبه حظًا معينًا؛ لأن مخالفة أقوال الفقهاء فى اشتراط أن يكون الربح نسبيًا - لاقتضاء المصلحة ذلك - لا شىء فيه، وهذه المعاملة نافعة لرب المال والعامل معًا.

ثم قال الباحث: إن الشرط الخاص بحصة رب المال من الربح خالف فيه بعض المجتهدين من الفقهاء، وليس حكمًا مجمعًا عليه، وانتهى إلى أن عقد التأمين على الحياة عقد صحيح نافع للمشتركين وللشركة وللمجتمع، وهو ادخار وتعاون من أجل مصلحة المشترك ومصلحة ورثته، حين تفاجئه منيته، والشريعة إنما تحرم المضار وما ضرره أكبر من نفعه.

ووجهت صحيفة الأهرام الاقتصادى إلى علماء الشريعة ورجال القانون سؤالا عن حكم التأمين والأسهم والسندات، ونشرت ما ورد إليها فى العدد الصادر فى ١٥ فبراير سنة ١٩٦١م، وقد نشر فيه تحت عنوان (حلال أم حرام؟) ما ورد إليها من الأساتذة: محمد أبو زهرة، ومحمد المدنى، ومحمد يوسف موسى، وأحمد الشرباصى.

ولم يبد الشيخ محمد المدنى - عميد كلية الشريعة بجامعة الأزهر، ثم بجامعة الكويت - رأيًا فى حكم ما سئل عنه، وقال: إن هذه المسألة ينبغى ألا تترك لفرد يفتى فيها، بل يجب أن يجمع لها المختصون وأهل الفكر من العلماء، ورجال الاقتصاد فى مختلف النواحى؛ ليدرسوها دراسة عميقة، ويخرجوا برأى مجمع عليه؛ فإن هذا وحده هو الذى يستطيع أن يناهض الإجماع المشهور لدى العلماء على التحريم، وإلا ظل الناس منقسمين منهم من يحرم اتباعًا للمأثور المشهور، ومنهم من يبيح رغبة فى التيسير ومسايرة التطور.

وقال الدكتور محمد يوسف موسى: أستاذ الشريعة بكلية الحقوق بجامعة القاهرة، ثم بكلية الحقوق بجامعة عين شمس: إن التأمين بكل أنواعه ضرب من ضروب التعاون التى تفيد المجتمع، والتأمين على الحياة يفيد المؤمن، كما يفيد الشركة التى تقوم بالتأمين، وأرى شرعًا: أنه لا بأس به، إذا خلا من الربا، بمعنى أن المؤمن عليه إذا عاش المدة المنصوص عليها فى عقد التأمين، استرد ما دفعه فقط دون زيادة، أما إذا لم يعش المدة المذكورة، حق لورثته أن يأخذوا قيمة التأمين (التعويض) وهذا حلال شرعًا. هذا ما قاله، وهو لا يعدو أن يكون بيانًا لما يرى: أنه

الحكم الشرعى الذى لم يبين كيف استنبطه، ولا ما الذى استند إليه.

ورأى الشيخ أحمد الشرباصى: المدرس بمعهد القاهرة الأزهرى، والرائد العام لجمعية الشبان المسلمين إذ ذاك: أن نظام التأمين إذا قام على أساس ربوى فهو محرم، ولا سيما ما فى التأمين من عنصر الجهالة والفوضى، وكثيرًا ما يؤدى هذا العنصر إلى غبن الغرر، والغنم الضخم المتكرر لشركات التأمين، وإذا لم يمكن التخلص فورًا من النظام الربوى - ومنه التأمين - اعتبر ضرورة؛ فيعمل به مؤقتًا، مع وجوب العمل على التخلص منه.

وعقد أسبوع الفقه الأول فى باريس سنة ١٩٥١م، وتناولت بحوثه موضوعات أربعة ليس من بينها التأمين، وعقد أسبوع الفقه الثانى بدمشق، فى المدة من أول إبريل سنة ١٩٦١م، إلى السادس منه، وكان عقد التأمين من بين موضوعاته الأربعة، وقد تحدث فيه شرعيون وغير شرعيين، والذين تحدثوا من الشرعيين محاضرة وتعليقًا، هم الأساتذة: الزرقا، والقليقلى، والضرير، وعبد الرحمن عيسى، وأبو زهرة، كما عرض فيه رأى الطيب النجار. وأسبوع الفقه ليست له قرارات ولا توصيات.

الأستاذ مصطفى أحمد الزرقا - له مكانته الفقهية العالية ومناصبه العديدة المتنقلة - بدأ ببيان: أن عنصر الاجتهاد لا بد منه فى عقد التأمين وأمثاله من الأمور والنظم القانونية الاقتصادية، والاتجاهات الاجتماعية التى برزت فى عصرنا، وأصبحت تسمى قضايا الساعة، ولما لها من خطورة لا ينبغى القول فيها برأى فرد، والواجب أن يجمع لها مجمع علمى فقهى دائم من مختلف أقطار العالم الإسلامى، مؤلف من فقهاء راسخين معروفين بعلمهم وتقواهم، ذوى بصيرة شرعية وزمنية، وثقافة قانونية بقدر الإمكان، ومن خبراء فنيين فى كل موضوع، يزودون الفقهاء بالمعلومات الصحيحة الفنية والواقعية.

ثم تحدث فى التعريف بنظام التأمين، وفى مبدأ دخوله فى البلاد الإسلامية، وأول بحث شرعى فى حكمه، وفى أن المعاصرين منهم: من ذهب إلى منع جميع أنواع التأمين، ومنهم: المترددون أو المفصلون، ومنهم: من يجيزون التأمين بجميع أنواعه، وفى أن سبب اختلافهم: اختلاف مفهوم التأمين لديهم، وفى أن الأصل فى العقود الجديدة: هل هو الإباحة شرعًا أو الحظر، وفى الأسس الفنية للتأمين وما

يصلح أن يكون محلا له.

ثم أخذ فى رد الشبه التى وجهت إلى التأمين، فنفى عنه شبهة القمار؛ لأنه عقد معاوضة غايته تعاونية فنية، ويقوم على أساس ترميم آثار الكوارث التى تصيب الإنسان فى نفسه وماله، ونتائجه كسب للمؤمن، وأمان للمستأمن قبل تحقق الخطر، ومعونة له بعد تحققه، فأين هذا من القمار الذى هو حبالة من حبائل الشيطان، ووسيلة من وسائل العداوة والبغضاء، والإلهاء عن ذكر الله؟! وأين هو أيضًا من المراهنة؟! ونفى عنه أن يكون تحديًا للقدر الإلهى، وقال: إن التأمين قد عده رجال القانون من عقود الغرر، وقال: إن الغرر الذى نهى عنه رسول الله ﷺ قد فسرته العقود الأخرى التى نهى عنها: كبيع المضامين، وبيع الملاقيح، وضربة القانص، وضربة الغائص، وبيع الثمار قبل أن يبدو صلاحها، وقال: إن الاحتمال والمخاطرة والمغامرة قلما تخلو منهما أعمال الإنسان فى التجارة والزراعة والصناعة وغيرها، باتفاق فقهاء المذاهب، وقال: إن الغرر المنهى عنه هو الفاحش الذى يتجاوز الحدود الطبيعية، بحيث يكون كالقمار المحض؛ اعتمادًا على الحظ المجرد فى الخسارة والربح، والاحتمال فيه بالنسبة للمستأمن معدوم، وموجود بالنسبة للمؤمن، إذا نظر إلى عقد كل فرد على حدة، فإذا نظر إلى مجموع العقود انتفى الاحتمال، على أن الاحتمال قد قبله الفقهاء فى بعض العقود، فعلى فرض وجود غرر فى التأمين لم يكن الغرر الممنوع، وبين أن الأمان محل للعقد ومما يقابل بعوض.

وقال: إن جهالة المقدار الذى يدفعه المستأمن فى عقد التأمين على الحياة جهالة لا تمنع من التقاضى والتنفيذ، ولا تؤدى إلى النزاع، وذكر نظائر لذلك مما أجازه الفقهاء: كبيع محتويات صندوق مغلق.

وقال عن شبهة أن الشركات تستثمر أموالها بطريق الربا، وأن المستأمن إذا بقى حيًا استرد الأقساط التى دفعها مع فائدتها وهذا محرم شرعًا - قال فيهما: إنه يتكلم عن التأمين كنظام قانونى، ولا يتكلم فيما تقوم به شركات التأمين من أعمال - وعقود أخرى، وقال: إن استرداد المستأمن الأقساط والربح ليس من ضرورة التأمين على الحياة، بل هو شرط من شروط العقد يمكن الحكم عليه وحده، ونبه إلى أن حكمه إنما هو حكم على نظام التأمين فى ذاته، لا حكم على صحة أى شرط فيه.

وقال: إن التأمين الشائع - وهو تأمين الأقساط - فيه إلى جانب الغاية التعاونية غرض الكسب والربح من المؤمن، ورأى أنه جائز؛ فقد انهارت الشبه الموجهة إليه، وفى أحكام الشريعة وأصول فقهها ونصوص الفقهاء، ما يصلح أن يكون مستندًا قياسيًا واضحًا، فى جواز هذا العقد، من ذلك: عقد الموالاة، وضمان خطر الطريق عند الحنفية، وقاعدة الالتزامات والوعد الملزم عند المالكية، ونظام العواقل فى الإسلام، ونظام التقاعد والمعاش الذى يطبقه ويستفيد منه علماء الشريعة الإسلامية الموظفون فى كل قطر، وأفاض فى شرح كل مسألة وبيان استدلاله بها.

الدكتور محمد الأمين الضرير: رئيس قسم الشريعة الإسلامية بجامعة الخرطوم، تحدث فى القواعد العامة للتعامل المالى، وفى التعريف بالتأمين، وبيان أنواعه، ونقل طائفة من آراء الشرعيين فى التأمين.

ورأى: أن القول بأن فى عقد التأمين أكلَ المال بالباطل ليس له ما يثبته، كما رأى أنه ليس من اليسير اعتبار التأمين من القمار، كما يعرف من النظر إلى أصله، وإلى التعريفات المختلفة التى عرف بها، وإلى أن غاية التأمين الأساسية: هى الأمان، وهذا المعنى غير موجود فى المقامرة.

وقال: إن عقد التأمين من العقود الاحتمالية، ففيه غرر، والغرر منه: كثير يفسد عقود المعاوضات إجماعًا، ومنه يسير لا تأثير له إجماعًا، ومنه متوسط وهو مختلف فيه، فألحقه بعض الفقهاء بالكثير، وألحقه البعض الآخر باليسير، وقال: إنه يرجح أَنَّ ما فى التأمين غرر كثير، وأخذ فى نقل ما يعينه على ذلك، وقال: إن المعاوضة الصرفة يجتنب فيها الغرر عند مالك، إلا ما دعت الضرورة إليه عادة، وقال: إن التأمين ليس من ضروريات الناس، ولكنه من حاجياتهم التى يترتب على فقدها الضيق والمشقة، وقد أبيح كثير من المعاملات التى يقضى القياس بمنعها؛ لأن حاجات الناس تدعو إليها، ورغم هذا: فإنه لا يرى إباحة التأمين؛ لأن الحاجة إنما تعتبر إذا لم يكن هناك سبيل آخر لتحقيقها، ومن الممكن: أن تعمل الحكومات الإسلامية على أن يحل التأمين الاجتماعى محل التأمين الذى تقوم به الشركات.

الشيخ عبد الرحمن عيسى: مدير تفتيش العلوم الدينية والعربية بالأزهر، بعد أن أفاض فى القول فى بيان كل نوع من أنواع التأمين وفوائده، والحاجة إلى كل هذه الأنواع - قال: إن هذه الأنواع عمليات مستحدثة، لم يدركها أحد من الأئمة

السابقين، ولا من أصحابهم، وتحقق مصالح اقتصادية عظيمة، وقد قرر العلماء: أن المصالح العامة إذا ناسبت حكمًا شرعيًا، ثبت العمل به تحقيقًا لهذه المصالح، واستشهد بما كان من أبى بكر وعمر وعثمان - رضى الله عنهم - وقال: إن التأمين يحقق مصلحة عامة هامة؛ فحكمه هو الجواز شرعًا.

وقال: إن الأصل فى الأشياء الإباحة؛ لقوله تعالى: ﴿هُوَ ٱلَّذِى خَلَقَ لَكُم مَّا فِى ٱلْأَرْضِ جَمِيعًا﴾ [البقرة:٢٩] الذى استدل به كثير من أهل السنة على ثبوت هذا الأصل، ومقتضى هذا الأصل: أن تكون هذه العمليات مباحة؛ لأنها من معاملات الناس فيما خلقه الله لمنفعتهم، ولم يرد نص يحظرها.

وقال: إن الدين الإسلامى مبنى على اليسر، ورفع الحرج والمشقة والعسر، وقد ناط الفقهاء معرفة المشقة التى تجلب التيسير بالعرف، وانتهى إلى أنه يجوز التأمين ضد أخطار الملكية، وأخطار المسئولية المدنية، وكذلك التأمين على الحياة، وضد سائر الأخطار الشخصية؛ لما أورده من الأدلة.

الشيخ الطيب حسن النجار، عضو جماعة كبار العلماء:

كان من المحاضرين فى موضوع التأمين بالأسبوع الثانى السيد المستشار بهجت أحمد حلمى المستشار بمحكمة الاستئناف، وقدم مع محاضرته رأيًا، قُدِّم إليه مُوقَّعًا عليه من الدكتور محمد صادق فهمى المستشار بمحكمة النقض، ومن المرحوم الشيخ الطيب النجار، وقد تضمن هذا الرأى الكلام عن متاعب الحياة وما فيها من الآلام، وأن اللهَ - سبحانه وتعالى - حث على التعاون على البر، الأمر الذى حفز همم كثير من المؤمنين على إنشاء الأوقاف الخيرية، وفى أن مطالب الحياة وحوادثها قد كثرت، واشتد الطمع والجشع، واستحكمت الأثرة والحرص الشديد؛ فدعا هذا الوضع إلى إقامة الجمعيات التعاونية وشركات التأمين، وذكر فيه كل نوع من أنواع التأمين، والقول بأنه جائز شرعًا، ثم قال فى هذا الرأى: إنه إذا صح أن تتعاون طائفة من الناس دون التزام سابق، فمن الأولى: أن يصح ذلك منها، إذا التزمته بعقد عن رضا واختيار من الطرفين، وما ذلك إلا التأمين، وقد يشهد لذلك - أو يكون على الأقل نوعًا من الاستئناس -: حكم الشارع فى جناية الخطأ؛ فقد قال - عليه الصلاة والسلام - لأولياء القاتل: «قوموا فدوه» وما ذلك إلا بقصد التخفيف عليه؛ إذ تحمُّله وحده للدية يثقل كاهله، والتأمين لا يقصد به إلا التخفيف عن كاهل المؤمن.

الشيخ عيسوى أحمد عيسوى، أستاذ الشريعة الإسلامية بكلية الحقوق جامعة عين شمس:

نشرت له مجلة العلوم القانونية والاقتصادية، التى يصدرها أساتذة كلية الحقوق بجامعة عين شمس، فى عددها الصادر فى يولية ١٩٦٢م بحثًا ضافيًا فى عقد التأمين، من وجهة نظر الشريعة الإسلامية والقانون، وقد بدأه بتمهيد أشار فيه إلى انتشار التأمين وتفنن الشركات ببراعة فى هذا اللون من العقود وتزيينه للناس، كما تناولته التشريعات الوضعية وشراحها، وأن على فقهاء الشريعة الإسلامية أن يعنوا بدراسته دراسة تقوم على قواعد الشريعة وما استنبط منها؛ ليحددوا موقفهم حيال تلك المشكلة التى شغلت أذهان المسلمين، وبلبلت أفكارهم.

وقد أورد تعريف علماء القانون للتأمين، وما اعترض به على هذا التعريف، ثم أورد التعريف المختار عندهم، ثم ذكر الأساس الذى يقوم عليه التأمين عند علماء القانون، والوظائف التى يقوم بها، ثم بين بدء ظهور أنواع التأمين، وتسلسل وجودها، وذكر تقسيماته الشكلية والموضوعية، ثم قال: إنه لم يؤثر عن المتقدمين من علماء المسلمين كلام فى موضوع التأمين، كما لا يعرف أن أحدًا من المتأخرين بحث عقد التأمين قبل ابن عابدين، وأورد طائفة من آراء المعاصرين، ثم رأى الشيخ بخيت، والحجوى، والزرقا، والسنوسى.

ثم أخذ يبدى رأيه الشخصى فى موضوع التأمين، فقال: إن التأمين التعاونى لا شك ولا شبهة فى جوازه شرعًا؛ لأنه قائم على مبدأ التعاون، ويحقق الفوائد التى يحققها غيره من أنواع التأمين، ولا يشوبه غرر أو قمار أو ربا أو أكل أموال الناس بالباطل، أو أى سبب من الأسباب التى توجب المنع والتحريم.

وأورد ما ورد فى «رد المحتار» فى التأمين على الأموال، ووضح أحكامه، وقال هو: إن فى هذا التأمين احتمالا أو مخاطرة أو غررًا، ومحاولة التفرقة بين الغرر المنهى عنه فى البيع والغرر الموجود فى هذا التأمين أمر لا يساعد عليه مفهوم الغرر اصطلاحًا، أو لغة، ولا يتمشى مع تطبيقات الأئمة المجتهدين فى المسائل المختلفة. ورد على من يستدل بما فى مذهب مالك: من وجوب الوفاء بالوعد والالتزام، إذا بنى على سبب دخل فيه الموعود، بأن ذلك لدفع الضرر عن الموعود، وليس الحال كذلك فى عقود التأمين، كما رد على الاستدلال بنظام العواقل، ونظام

التقاعد، والمعاش، وبعقد الموالاة، ثم انتهى إلى أن عقد التأمين هذا بجميع أنواعه ليس جائزًا شرعًا.

فضيلة الأستاذ الدكتور محمد البهى، عضو المجمع ووزير الأوقاف وشئون الأزهر سابقًا:

فى ربيع الآخر سنة ١٣٨٥هـ - أغسطس سنة ١٩٦٥م نشر أحد الناشرين كتابه: (نظام التأمين - فى هدى أحكام الإسلام، وضرورات المجتمع المعاصر) الذى بدأه بمقدمة أشار فيها إلى ما توحيه كلمة التأمين من الاطمئنان إلى الواقفين على حقيقته... وما تثيره من الفزع لدى المتشككين فيه، وتحدث فيها عن الدولة فى المجتمع المعاصر، وعن وظائفها، وقال: إنه فى ضوء النظرة الاقتصادية إلى نظام التأمين، وضوء مسئوليات الدولة الحديثة، وضوء ما صار إليه المجتمع الحضارى المعاصر - يجب إبعاد التشكك فى آثار التأمين، وترك الهواجس التى تكتنفها العزلة عن الحياة، وأن يعم المواطنين، وأن تفرضه الدولة إجباريًا، كما يقول ابن خلدون: «إن من وظيفة الدولة: أن تحمل الأفراد على مصالحهم وتردهم عن مضارهم» ولا جدال فى أن نظام التأمين حجر الزاوية فى التكافل الاجتماعى ومصدر رئيس فى الاقتصاد القومى فى حركة تنميته.

وتكلم عن الربا طويلا، وأورد كثيرا من السنن والنقول، وانتهى إلى أن الربا هو: ما يكون فى عقد البيع الذى يتضمن ضرر أحد المتعاقدين ضررًا واضحًا، فيما هو عادة مقوِّمٌ لمعيشة الإنسان وإلى أن القصد بتحريم البيع الربوى تجنيب الإنسان الأضرار الناشئة عن التفاوت فيما هو من جنس واحد من أجناس المواد والوسائل الضرورية للحياة أو الناشئة عن التأخير فى جنس واحد، أو أجناس مختلفة منها، وضرر التفاوت نتيجة لجهدٍ، وربما كان لاستغلالِ حاجةٍ، وضرر التأخير فى التسليم يبعث على القلق الذى يجعل الحياة شاقة ومريرة، فإذا خلا العقد من المواد الربوية - الذهب والفضة، والبر والشعير، والتمر والملح ومن ضرر التفاوت فى غير جهد، وضرر القلق بسبب الانتظار، فوقع تفاوت أو تأجيل عن رضا وطيب نفس؛ لفائدة مظنونة أو مرتقبة - لا يكون العقد حينئذ من العقود المحرمة.

وتحدث فى الغرر، فقال: أما بيع الغرر فهو البيع الذى ينطوى على جهل بحاضر البيع، أو جهالة بمستقبله، فلا يعلم ما تم عليه التعاقد علمًا محددًا فى الحاضر، أو

لا يعلم ما يصير وينتهى إليه: كبيع السمك فى الماء، وبيع الثمرة قبل أن يبدو صلاحها، وحمل الناقة مستقلا عن أمه، وبيع الزرع قبل أن يظهر فيه الحب، إلى غير ذلك من الأمثلة. ثم قال: فإن كانت هناك ظروف تخفف من الجهل أو الجهالة فى المبيع، وتقلل من الشكوك فى وجوده ومعلوميته، وتوحى بالاطمئنان عادة - خرج عقد البيع عن أن يكون عقد غرر، وإذن فعقد الغرر هو: ما كان فيه خطر على أحد الطرفين، وكان خطرًا محتملا احتمالا راجحًا، بحسب العادة ومجريات العرف؛ فمدار الحِلّ هو: انتفاء الخطر والضرر أو قلة احتماله، ومدار الحرمة: تأكده، أو احتماله على رجحان، والضرر المحرم هو: الذى من شأنه أن يصيب أحد المتعاقدين بخيبة أمل مفجعة، فيما تعاقد عليه، أو يصيبه فى قوام معيشته الذى لا غناء عنه.

وبين معنى التوكل على الله، وأن التأمين أخذ بالأسباب، ولا ينافى التوكل على الله.

ثم أخذ فى بيان حقيقة التأمين، وذكر الكثير من صوره، وقال: إنه عقد تكافل جماعى بين المستأمنين، وعقد مضاربة بين جماعة المستأمنين كطرف، وبين الشركة أو الحكومة كطرف آخر، فشركة التأمين: ليست إلا وكيلة عن طرفى عقد التكافل، أو مفوضة منهما فى تنفيذه. بتحصيل الأقساط، واستثمار الأموال المحصلة، وتسوية التعويضات ولها نظير عملها جُعْلٌ تقتطعه تحت يدها من أموال المشتركين وغلات هذه الأموال، فعقد التأمين كأنه قد تضمن عقدين: عقد التكافل والمشاركة فى دفع الضرر عند الملمات، وعقد الوكالة والمضاربة. ثم تكلم طويلا فى دفع ما يوجه إلى التأمين من الشبهات، ثم انتهى إلى أنه لا محظور فى شىء من أنواعه، وأنه يقوم على التكافل والتعاون، وعلى المضاربة والاسترباح، وعلى سد حاجة الضعيف، وعلى دفع الملمات، وعلى إفساح مجال العمل للقادرين عليه، وعلى التوسعة على أصحاب الكسب اليسير، ثم قال: أيكون ذلك حرامًا فى مجتمع لم يعد يعرف فيه الجار جاره، ولم يعد يحس قويه بضعيفه، ولم يعد يتجاوز الفرد منه بنظرته نفسه؟!

أيكون ذلك حرامًا فى مجتمع أصبحت فيه الآلة ذات شأن، تبطش بالإنسان فى عنف، وعلى غير موعد، وتيتم الأسرة على عجل وفى غير رحمة، وتذهب

بالملايين من المال إلى غير رجعة؟!

إن تطور الحياة يطلب حلَّ مشاكِلِها وحل المشاكل المتجددة فى تجدد النظرة والمحافظة على الهدف.

لجنة الفتوى بالأزهر:

ورد على هذه اللجنة كتاب من فضيلة المدير العام للمعاهد الأزهرية، جاء فيه: إن المراقبة العامة للتعليم الثانوى بالأزهر رأت أن تقوم بتنظيم التأمين على الطلاب لدى بعض شركات التأمين، ضد الحوادث الجسيمة، وقد تقدمت شركات التأمين بعرض مشروعاتها فى هذا الشأن وقد بدأت الإدارة العامة للمعاهد الأزهرية قبل الارتباط بهذا المشروع أن تتعرف وجهة نظر الشريعة الإسلامية، من لجنة الفتوى بالأزهر، فى مبدأ التأمين، ورافق هذا الكتاب صورة من عقد التأمين، وكلمة عاجلة موقعة من فضيلة الشيخ محمود النواوى.

وقد جاء فى الكلمة العاجلة هذه: إن عقود التأمين لم تكن فيما سلف، وعلى علماء الدين فى كل عصر أن يحدثوا للناس أحكامًا فى ضوء التشريع الأول، بحسب ما يحدث للناس، «وإن عقد التأمين ليس فيه غرر، وفيه شروط نيرة، وقواعد صحيحة، تأبى عليه أن تتحقق فيه المقامرة، وعلام نختلف فى عقد التأمين، وقد اجتمع أسبوع الفقه، وتحدثوا فيه عن التأمين وكتب فى أبحاثه. . . (وذكر أسماء)، ويعلم الله: أننى ما حرصت على هذا الأمر، حتى استوثقت من حسن نظر الإسلام إليه.

وفى ٢٤ من إبريل سنة ١٩٦٨م، أصدرت اللجنة فتواها التى وقعها رئيسها إذ ذاك: المرحوم الشيخ محمد عبد اللطيف السبكى، وقد بدأت الفتوى بشكر إدارة المعاهد وتَعَقُّب ما جاء فى الكلمة العاجلة، والرد عليه، وقالت فى نهاية هذا التعقيب: إن هؤلاء السادة الذين زعمت الكلمة العاجلة أنهم مناصرون لفكرة التأمين، ليسوا فى مستوى المجتهدين، ولا فى مستوى رجال الفقه الذين يقتدى بهم فى شأن خطير كهذا؛ وإنما هم أصحاب مقالات غير واعية لما فى التأمين من مخالفات ومشاكل واقعية، والجدل فى أسبوع الفقه كان صاخبًا، ومعارضة التأمين فيه كانت قوية، ولكن الكلمة العاجلة ذكرت أسماء الموافقين، ولم تذكر الكثرة المعارضة بشدة، وبأدلة قوية، وإذا كان لكتابة هؤلاء أثر عند بعضنا، فأين هم من أمثال المرحوم: الشيخ محمد بخيت المطيعى، والشيخ عبد الرحمن قراعة، والشيخ

أحمد إبراهيم، ثم علقت الفتوى على صورة العقد المرسل إليها، وأوردت بنوده الثلاثة ثم قالت: إنه يتضح أن العملية عملية مراهنة، يراد بها كسب المال من طريق المقامرة التى يخسر فيها أحد الطرفين أو يكسب، وانتهت فى فتواها إلى ما يأتى:

أولا: أن التأمين على الحياة والأحداث عقد يلتزم به كل من الطرفين للآخر بمال، ليس فيه معاوضة متميزة.

ثانيًا: أن كلا من العاقدين يعتبر دائنًا ومدينًا فى نفس المبلغ المتعاقد عليه، وهذا غير المعهود فى المعاملات المشروعة، وفيه ما فيه من التلبيس. وكثيرًا ما وقع التنازع فى التأمين ولجأ الطرفان أو الورثة إلى القضاء؛ لاختلاف الشركة معهم فى تحديد الحوادث، وثبوت الاستحقاق، وغير صحيح أن عقود التأمين مكفولة دائمًا بشروط تمنع النزاع، ومن شاء العلم بذلك فليسأل أهل الذكر فى هذا، من القضاة والمحامين، ومن سبق لهم الوقوع فى هذا الإشكال، وتشريع العقود الشرعية مبنى على قطع المنازعات.

ثالثًا: أن موضوع التأمين مطروح أمام مجمع البحوث الإسلامية منذ سنتين، وقد كتب فيه الشيخ على الخفيف، العضو بالمجمع بحثًا أجاز فيه التأمين، وقدمه إلى المجمع، ولكن هيئة المجمع بعد مناقشته رفضته بالإجماع، ولا تزال تعيد النظر والبحث فيه من جديد، بواسطة المختصين من الفقهاء، والاقتصاديين والقانونيين؛ فلا يليق بإدارة المعاهد أن تقطع الطريق على مجمع البحوث، وتسبق إلى الأخذ بمشروع إثمه أكبر من نفعه.

ومن هذا كله يتضح أن هذه اللجنة ترى أن التأمين على الحياة والحوادث غير جائز؛ لما تقدم، ولا يجوز اللجوء إليه، وخاصة من إدارة المعاهد الأزهرية.

ندوة الجامعة الليبية:

دعت الجامعة الليبية إلى: «ندوة التشريع الإسلامى» التى ستقيمها كلية اللغة العربية والدراسات الإسلامية، بالجامعة المشار إليها، فى الفترة ما بين يومى السبت ٢٣ من ربيع الأول سنة ١٣٩٢هـ - ٦/ ٥/ ١٩٧٢م، والخميس ٢٨ من ربيع الأول سنة ١٣٩٢هـ - ١١/ ٥/ ١٩٧٢م، ورافق الدعوة بيان بموضوعات هذه الندوة وهى خمسة عشر موضوعًا من بينها: «عقود التأمين وحكمها فى الفقه الإسلامى».

يقول الشيخ أحمد فرج السنهورى: وقد عقدت هذه الندوة فى الوقت المحدد

لها، ولم أستطع أن أشهدها؛ فلا أعرف من اشترك فيها من علماء المسلمين، ولا من تكلم فيها منهم عن عقود التأمين، ولكننى عرفت أن هذه الندوة كانت لها قرارات وتوصيات فى الموضوعات التى حددتها، كما عرفت أن ممن اشتركوا فيها أصحاب الفضيلة: الأستاذ الشيخ على الخفيف، والأستاذ الشيخ محمد أبو زهرة، والدكتور محمد عبد الرحمن بيصار الأمين العام لمجمع البحوث الإسلامية. والأستاذ الشيخ على الخفيف قد أخبرنى قبل هذه الندوة بزمن ليس بالقصير: أنه أصبح يميل إلى عدم جواز عقد التأمين على الحياة، كما أخبرنى بعد عودته من الندوة: أنهم قرروا فيها جواز عقود التأمين إلا عقد التأمين على الحياة، والأستاذ الشيخ أبو زهرة أخبرنى - أيضًا - بعد العودة من الندوة: أنهم وافقوا فيها مؤقتًا على عقود التأمين عدا التأمين على الحياة، ولكن لم أعرف منهما ما إذا كان القرار باتفاق من اشتركوا فى الندوة، أم كان فيه اختلاف؟ وإذا كان فيه اختلاف، فمن هم المختلفون؟ مجمع البحوث الإسلامية بشأن استفتائها المشار إليه آنفا كما لم أعرف من الشيخين صريحًا ماذا كان رأيهما فى هذا القرار.

ثالثًا - الآراء التى أرسلت إلى أمانة المجمع مجمع البحوث الإسلامية بشأن استفتائها المشار إليه آنفًا.

ولعلنا نورد - أيضًا - الآراء التى أرسلت إلى أمانة مجمع البحوث الإسلامية؛ حتى نتبين مدى اهتمام علماء الشريعة بعقد التأمين ومحاولتهم تمحيصه فى ضوء الشريعة الإسلامية.

أ - الآراء الواردة من داخل جمهورية مصر العربية

الشيخ محمد عبد الهادى مخلوف: مراقب التعليم الثانوى بالأزهر:

يرى: أن شركات التأمين شركات أجنبية تحايلية، تأخذ الكثير، ولا تعطى إلا أقل القليل، كما يرى: أن من حالات التأمين حالات بينة الضرر، كالحالات التى تضيع فيه المبالغ على المستأمنين، وهو فى هذه الحالات حرام قطعًا، وحالاته الأخرى من المشتبهات واتقاء الشبهات مأمور به.

الشيخ محمد حسين، والشيخ إبراهيم محمد المدرسان، بمعهد عثمان ماهر الإعدادى، أبلغ شيخ المعهد إلى الأمانة رأيهما الذى اتفقا عليه ووقعاه معًا. وقد قالا فى ذلك: إن جميع أنواع التأمين لا تخلو من غرر؛ لأن ما يدفع للمستأمنين على

خطر الوجود والعدم، وهو نوع من القمار، والمال المكتسب منه حرام، وما تقوم به شركات التأمين من خدمات اجتماعية وتخفيف وقع الضرر على المستأمنين، لا يسوغ جوازها، وفى العقود المباحة غناء، ويريان: أن يقوم مقام الشركات فرض ضرائب وجباية الزكاة، وتكون الحصيلة مدخرة للقيام بهذه الخدمات.

الشيخ عبد الحميد مصطفى، المدرس بمعهد الزقازيق الإعدادى الأزهرى:

رأى: أن التأمين الخاص ليس تكافلا اجتماعيًا ولا من قبيل التعاون، وأن كل أنواع التأمين الخاص فيها ربا؛ لأن المستأمن قد يأخذ أكثر مما دفع، وهذا من أكل أموال الناس بالباطل، وقال: إنه لا يصح الاستناد إلى العرف، إذا قام على خلاف النص، كما قال: إن فى إباحة التأمين الخاص إعانة على الاستغلال المحرم، وهدمًا لمقومات المسلمين وخصائص دينهم، ولا توجد ضرورة اجتماعية تدعو إليه؛ إذ التأمينات التعاونية كافية ولا حاجة إليه.

الشيخ عبد الحميد الوريدى، واعظ طنطا:

ذكر أن اجتماعًا عقد بالمعهد الدينى بالزقازيق، فى أبريل سنة ١٩٥٩م، وأنه أبدى رأيه فى هذا الاجتماع، فى عدة مسائل، منها: التأمين، الذى رأى: أنه مخاطرة والمخاطرة نوع من الميسر، وهو حرام، وقال فى إجابته أيضًا: إنه اطلع على وثيقة تأمين، لتاجر بمنيا القمح، فآمن بعد الاطلاع عليها بحرمة التأمين، فقد وجد فى هذه الوثيقة: أن ما يدفعه المستأمن يضيع عليه، إذا دفع القسط الأول وثلاثة أرباع القسط الثانى، ثم عجز عن الدفع، فإنه لا يأخذ شيئًا، ومن أراد تصفية الوثيقة بعد دفعه ثلاثة أقساط، لا يأخذ إلا ٧٥٪ مما دفع، ومن يتأخر عن دفع القسط فى موعده، احتسبت عليه فوائد التأخير بحساب ٥٪، ومن دفع قسطين، ثم تحقق الشرط، دفعت له الشركة المبلغ المتعاقد عليه، وقال: إنه بَيّن ما فى ذلك من الاستغلال، وأكل أموال الناس بالباطل، وأخذ المستأمن مالا مشبوهًا، فى مقال نشره بنور الإسلام، ثم أخذ يتكلم عمن أباحوا ربا الفضل، وأرباح صناديق التوفير، وعمن ردوا عليهم من كبار الشيوخ.

ب - الآراء الواردة من خارج جمهورية مصر العربية

أولا - الأردن:

الشيخ عبد الحميد السائح، رئيس المحكمة الشرعية، ثم وزير الأوقاف بالمملكة

الأردنية الهاشمية فيما سلف:

قال: إن عقد التأمين عقد مستحدث، وجمهور الفقهاء: على أن الأصل فى العقود والشروط: الصحة، إلا ما أبطله الشارع، ومن الفقهاء من ذهب إلى أن العقود والعهود والشروط باطلة غير لازمة، إلا ما ورد عن الشارع إيجابه أو إباحته، وأن الذى يقتضيه النظر الصحيح، وعمومات الكتاب العزيز، والأحاديث الصحيحة، وكون الشريعة الإسلامية شريعة عامة - ترجيح ما ذهب إليه الجمهور.

وقال: إن الذى يظهر له: أن أبعاد عقد التأمين معلومة، والتزاماته واضحة لكل من الطرفين، ورغم أنه ينطوى على بعض الجهالة، إلا أنها جهالة غير فاحشة، ولا تستلزم بطلان العقد.

ورأى: أن مصالح المسلمين فى تعاملهم تستلزم إباحته، وقد يستأنس لذلك بضمان حارس السوق، وضمان خطر الطريق.

وقال: إن علاقة الربا بعقد التأمين تمكن إثارتها فى بعض صور التأمين، حيث يأخذ المستأمن أكثر مما دفع، أما إذا كان سبب الزيادة تعامل الشركة ببعض الأنواع المباحة فلا يظهر له تطبيق أحكام الربا، وعقد التأمين لا يتضمن إذنًا بالاستغلال الربوى، والأخذ من الأموال التى اختلطت بها أموال ربوية، ومسألة الإعانة على التعامل بالربا المحرم - احتمالات لا يراها مقتضية للتحريم، والمهم عنده هو: النظر إلى عقد التأمين نفسه، والتحريم لا يكون إلا بدليل قطعى، وأين هو بالنظر للتأمين؟

ورأى بناء على ذلك: ألا يحكم بالتحريم على أى نوع من أنواع التأمين، إلا إذا اشتمل على محرم واضح، أو جهالة فاحشة تؤدى إلى النزاع.

الشيخ عبد الله القليقلى، مفتى المملكة الأردنية الهاشمية:

سبق أن أفتى سنة ١٩٦٠م بتحريم التأمين، وحاضر وعلق فى أسبوع الفقه الثانى بدمشق، سنة ١٩٦١م، مؤيدًا ذلك باستفاضة، وأرسل برده على استفتاء أمانة المجمع، وقد ذهب فى كل ذلك إلى أن التأمينات بجميع أنواعها محرمة، وقال إن له فى ذلك مسلكين:

أحدهما: أن عقد التأمين مخالف للعقود التى أحلها الله - سبحانه - وأجازتها شريعته وهى عقود فطرية، تكاد تكون طبيعية، مثل البيع والإجارة والقرض والإعارة

وغيرها، فهذه هى التى تجيزها الشرائع الحكيمة وما خالفها فهو غير مستقيم، وتحرمه شريعة العليم الحكيم.

ثانيهما: أن عقد التأمين تنطبق عليه قواعد التحريم؛ لما فيه من علل تحريم ما حرم الله، كالقمار والربا، وبيع الغرر والغبن الفاحش، ومن نظر فى شروط هذا العقد وجدها فى مصلحة الشركات، ووجدها مبهمة غير محددة تحديدًا يمنع الشركات من التلاعب فهى شروط غير قاطعة للنزاع، وما كان من العقود مشتملا على مثل هذه الشروط يكون عقدًا فاسدًا. وقال: إن له سلفًا فيما ذهب إليه من الماضين كما له من يوافقه من المعاصرين، وأشار إلى ما جاء فى «رد المحتار»، وما ذهب إليه الشيخ بخيت فى رسالته، وأورده فى رد بعث به إلى الأمانة العامة ضمنه كثيرًا مما قاله فى الرد على الشيخ الزرقا، وأرفق صورة مما أفتى به، ورأيه فى الجميع هو ما ذكرت خلاصته.

ثانيًا - أندونيسيا:

بروفسور إبراهيم حسن، رئيس إدارة العلاقات بوزارة الشئون الدينية - جاكارتا

بعد أن ذكر عناصر الكفالة وعناصر التأمين، قال: إنى أرى أن التأمين عقد معاوضة يتضمن عنصر الربا، وعنصر المراهنة، وعنصر القمار.

وقال: إن فيه عنصر الربا؛ لعدم تساوى البدلين، ومن زاد أو استزاد فقد أربى.

وفيه عنصر المراهنة؛ لجهالة المال الذى سيدفع، وهو متعاقد عليه.

وفيه عنصر المقامرة؛ لأن دفع العوض معلق على خطر؛ فالمؤمن لا يضمن الخسارة إلا عند تحقق السبب المتفق عليه.

ثم قال - بناء على أن التأمين ربا أو شبه ربا، وأنه أكل لأموال الناس بالباطل؛ لما فيه من غرر ومراهنة -: أرى أنه لا سبيل إلى إباحته، ولا يصح أن يستند فى إباحته إلى الضرورة الاجتماعية؛ لأن فى ذلك تدميرًا لكيان المجتمع الإسلامى.

ثالثًا - سوريا:

الشيخ عبد الستار السيد، مفتى محافظة طوس، والشيخ فخر الدين الحسنى، مدير الفتوى العامة:

ذهبا فيما جاء موقعًا عليه منهما إلى أن عقد التأمين عقد غير مشروع فى الإسلام، ولا يقاس على عقد من العقود المشروعة؛ وذلك لأمور:

فعقد التأمين ليس من العقود المعروفة فى صدر الإسلام، والإسلام لا يجيز إحداث أى عقد من العقود التى لم تكن معروفة فى صدر الإسلام؛ لأنه جاء كاملا، فلا يجوز أن تضاف إلى عقوده المشروعة عقود أخرى لا تتحقق فيها الشروط التى حددها الشارع فى كل عقد من هذه العقود؛ لأن معناه: إحداث تشريع جديد بدون استناد.

وعقد التأمين يشتمل على الجهالة والغرر، والقمار والمراهنة، وأرباح هذا العقد مال حرام، وفيه شبهة الربا، والتعامل مع الشركات بعقد التأمين فيه مخالفة صريحة لنصوص الشريعة الإسلامية، وفتح هذا الباب على أنه أمر مشروع فيه خطر جسيم على الإسلام، ونسف لجميع نصوص العقود المشروعة، ويصبح ممكنًا تحليل أى محرم من العقود، إذا ما نظم وجعل له مظهر مقبول، وأضفى عليه شىء من الدعايات لدى ضعفاء الإيمان؛ فلا يبقى ربا محرم، ولا قمار محرم، ولا، ولا... وأفاضا فى بيان ما فى عقد التأمين من الجهالة ومن الغرر، ومن القمار، وقالا: إن التأمين يؤدى إلى مفاسد تربو على المفاسد التى ينطوى عليها القمار.

الشيخ محمود قاسم بعيون:

ذهب إلى جواز عقد التأمين؛ لأن له نظائر فى الشريعة الإسلامية؛ فالتأمين على المسئولية يشبه فى صورته عقد الموالاة، وقد قال به كبار فقهاء الصحابة الكرام: عمر بن الخطاب، وابن مسعود، وابن عمر، وابن عباس، وأخذ به الإمام أبو حنيفة.

ويقرب من حكم عقد التأمين حكم اللقيط؛ فإن اللقيط حر فى حق نفسه، وجنايته فى بيت المال، وميراثه لبيت المال، وإذا بلغ جاز له أن يعقد عقد الموالاة. وعقد التأمين لا يختلف فى صوره عن نظام العواقل فى الإسلام، وهو نظام وردت به السنة النبوية، وأخذ به أئمة المذهب.

ولا فرق بين التأمين وبين نظام التقاعد وترتيب المعاشات المتفق عليه فى جميع الدول الإسلامية.

وقال: إنه يصح إحداث عقود جديدة غير التى كانت فى صدر الإسلام، كما حدث فى بيع الوفاء، وإن من أحكام الضمان ما ينطبق على بعض صور التأمين، كضمان خطر الطريق، وإن فى عقود التأمين جهالة يسيرة، وليست مانعة من صحته.

وعلى فرض أن فى التأمين غررًا، فإنه مغتفر، ولا يمنع من صحته كما فى كفالة المال.

وإن التأمين لا مقامرة فيه؛ لأن القمار ليس إلا اللعب اعتمادًا على الحظ، وكذا المراهنة. ولا شىء من ذلك فى التأمين.

والتأمين ليس فيه أكل المال بالباطل؛ لأنه عقد لا تحايل فيه، ويقوم على الرضا من الطرفين.

ونفى أن يكون فى التأمين ربًا أو إعانة على الاستغلال المحرم، أو إبطال لمقومات المسلمين وخصائصهم الدينية.

وقال: إن التأمين أصبح متعارفًا فى جميع الأقطار، والعرف فى الشرع له اعتبار والضرورات تبيح المحظورات.

رابعًا - العراق:

الشيخ نجم الدين الواعظ، مفتى الديار العراقية:

قال: إن التأمين الخاص الذى تقوم به الشركات على الأشخاص وأرواحهم وحياتهم، وأملاكهم، وعلى الأملاك والأموال التى يتعاطها التجار؛ خوفًا من الغرق أو الحرق أو السرق أو التلف فى البر أو البحر - ليس إلا من باب الميسر والقمار، وليس له دليل شرعى يستند إليه فى حله.

وقال: إن التأمين من المسئولية يسمى شرعًا: الكفالة، فيلزم الكفيل كل ضرر يقع على المتعاقد.

وقال: إنه إذا كان التأمين على الأموال من خطر معين كالسرقة والغصب، فهذه المسئولية جائزة شرعًا، وإن كانت من الحوادث الكونية التى تجرى فيها المقادير الإلهية السماوية فالكفالة بها من الميسر والقمار.

وقال: إن الأموال والنقود والأوراق النقدية التى تودع لدى البنوك، فيسلفونها للغير ويتصرفون فيها تصرف الملاك، ليس لمن أودعها إلا رأس ماله، وما زاد يعتبر مالا ضائعًا سبيله أن يوجه إلى الصدقة وأعمال الخير.

الشيخ أمجد الزهاوى من علماء العراق:

ذهب إلى أن التأمين محرم بجميع أنواعه، وتأباه القوانين الشرعية بإطلاق من ناحية تعليق الاستحقاق على الخطر، وهو ممنوع باتفاق الفقهاء، ولعدم وجود

عوض ثابت، وأشار إلى ما قاله ابن عابدين، ثم قال: وعليه: فقد أجمع الفقهاء على المنع، ولا أرى لذلك جوازًا مطلقًا، وفى فتح مثل هذا الباب خطورة على الشريعة.

الشيخ عبد الله الشيخلى من علماء العراق:

بين أن الشارع الحكيم إنما شرع الأحكام لمصلحة العباد، ولإقامة مجتمع سليم متماسك مهذب، تتوفر له أسباب السعادة والرفاهية، وبين مزايا التشريع الإسلامى وخصائصه وما سار عليه المجتهدون، وكيف رجع كثير منهم عن اجتهادهم على وفق ما وقفوا عليه من عرف وعادات.

وقال: إن عقد التأمين عقد مستحدث، وذكر التأمين على الأشخاص وعلى الأموال.

وقال: إنها ذات فوائد عظيمة للأشخاص وأرباب التجارة والأعمال، وليس فيها شىء من المحظورات، وفى القول بتحريمها إلحاق أضرار كبيرة بالناس.

وقال: إن ما يكون فيها من غرر وجهالة لا يقتضى تحريمها، والقول بأنها مثل المقامرة والمراهنة، أو بأن فيها أكل أموال الناس بالباطل لا يخلو من تعسف.

ثم قال: لما كان هذا العقد خاليًا من الغرر والضرر والغش والاستغلال والربا والغبن وغير ذلك من الأسباب المحرمة، ونظرًا لعدم وجود القاطع من كتاب أو سنة على التحريم، ونظرًا لحاجة المسلمين إليه، وتعارف الناس عليه - أرى: أن عقد التأمين على البضائع وما شابهه من العقود، لا إثم على الذين يلتزمون به.

آية الله الشيخ على آل كاشف الغطاء، إمام من مجتهدى النجف الأشرف:

قال: إن البحث يتطلب من الفقيه أن يعرض عقد التأمين على ما يحتمل تطبيقه عليه من المعاملات الشرعية، فإن لم يظفر بذلك رجع للقواعد العامة الشرعية، فإن لم تف رجع للأصول العملية العامة.

ورأى: أن من المعاملات ما يمكن تطبيقه على التأمين، ويحتمل أن يكون منه، وهو الضمان والهبة المشروطة والصلح المشروط.

وقال: إن التأمين له تمام الشبه بالضمان، بل هو من صغرياته (أى جزئياته) لأن الضمان هو إدخال المضمون فى عهدة الضامن، والقيام بكافة ما يترتب على ذلك، ولا مانع من شمول الضمان للتأمين، وتعليقه على بعض الشروط لا يبطله؛ لأن

الشرط فيه من قبيل الإلزام فى الالتزام، ولا يمنع من هذا أنه لا يلفظ بالإيجاب والقبول فى التأمين ويكتفى فيه بالتوقيعات؛ لأن الإيجاب والقبول من الأمور الانتزاعية التى توجد بأسبابها الموجبة لانتزاعها، وقد تنتزع من اللفظ، وقد تنتزع من الفعل.

ثم قال: إنه إن لم يسلم دخول التأمين فى الضمان، أمكن إدخاله فى الهبة المشروطة بتحمل الخسارة لا الهبة المشروطة بالضمان، ويتصور ذلك بأن يهب المستأمن للشركة من ماله، بشرط أن تتحمل الخسارة، وهو شرط جائز لا مانع منه.

كما قال: إنه إذا لم يسلم دخول التأمين فى الهبة المشروطة، أمكن إدخاله فى الصلح المشروط؛ لأن التأمين يتصالح فيه الطرفان، على أن يدفع أحدهما مالا، وأن يتحمل الآخر الخسارة عند وقوعها.

وقال: إن لم يسلم ذلك كله، اعتبر التأمين معاملة مستقلة، وقواعد المعاملات قاضية بصحتها؛ لقوله - تعالى -: ﴿أَوْفُوا بِالْعُقُودِ﴾، وقوله - تعالى -: ﴿إِلَّا أَن تَكُونَ تِجَارَةً عَن تَرَاضٍ مِّنكُمْ﴾، ولمقتضى العموم فى العقد والإطلاق فى التجارة، ولأن الشارع فى مقام البيان لا الإهمال والإجمال، فتصح معاملة التأمين؛ لأنه عقد من العقود، وتجارة وقعت عن تراض.

وقال: إن هناك نوعًا من التأمين غير صحيح، وهو الذى يشتمل على الفائدة؛ لأنه قرض للشركة يسترد مع فائدته. ونفى أن يكون فى التأمين قمار؛ لأن حقيقة القمار هى الملاعبة من الطرفين بقصد الغلبة، وذلك ليس فى التأمين، وقال: إن الجهالة المبطلة للمعاملة هى: الجهالة من جميع الوجوه، والغرر المبطل للمعاملة هو: الغرر الذى لا يرتضيه العقلاء، وتعد المعاملة معه أشبه بالسفه، أما دعوى كونه من المعاملة الربوية، فهى دعوى فاسدة؛ لأن الربا إنما يكون فى مبادلة المال بالمال، وفى التأمين: جُعِلَ المال فى مقابلة المحافظة عليه وتعويض الخسارة فيه، والفرق بينهما واضح، وأما دعوى حكم العقل بعدم صحته، فهى دعوى خالية من البرهان، ولا يسمعها ذو الفهم والوجدان.

السيد الأستاذ كاظم الكفائى، عميد جامعة الإمام على آل كاشف الغطاء الدينية بالنجف الأشرف:

بدأ بالإشارة إلى كتابه: (بين النجف والأزهر) الذى وفى فيه موضوع التأمين

حقه، كما أورد فيه رأى سماحة الإمام الشيخ على آل كاشف الغطاء، وذكر خلاصةً لما جاء بكتابه هذا، وهى لا تختلف فى شىء مما لخصته آنفًا من إجابة الإمام المذكور.

السيد الأستاذ محمد مهدى الخالصى:

بدأ ببيان الفرق بين العبادات والمعاملات، وبيان أن أمر المعاملات يقوم على إصلاح المعاش، ومراعاة حاجة الناس، وأن الأصل فيها العرف، وأن حاجة الناس تقضى بإباحة استحداث العقود، على ألا تكون مما أبطله الإسلام، أو مشتملة على شىء من المحظورات الشرعية، وإذ ذاك تكون ملزمة ويجب الوفاء بها؛ لقوله تعالى: ﴿أَوْفُوا بِالْعُقُودِ﴾ [المائدة:١] وقوله سبحانه: ﴿إِلَّا أَن تَكُونَ تِجَارَةً عَن تَرَاضٍ مِّنكُمْ﴾ [المائدة:٢٩].

وقال: إن عقود التأمين جائزة وصحيحة، ونفى أن يكون فيها غرر أو جهالة يخشى من خطرها على المتعاملين، كما نفى أن يكون فيها شبه بالقمار أو المراهنة.

وقال: إن كلا من الكفالة والصرف لا يمكن انطباقه عليها.

وقال: إن ما يمكن أن تطبق أحكامه عليها هو: الضمان والهبة والصلح بتكييف خاص. ونحا فى ذلك منحى الإمام كاشف الغطاء، والسيد الكفائى.

ثم قال: إن الموضوع لا يزال فى حاجة إلى دراسة وتحليل، وإن الخروج من الشبهات يكون بجعل هذا التأمين تأمينًا تعاونيًا.

خامسًا - قطر:

الشيخ داود حمدان و الشيخ محمد سعيد غباشى:

الذى بعث برده هو: الشيخ داود حمدان، وقد نبه فيه إلى أن ما يذكره من الأحكام إنما هو لشركات التأمين التى تنشأ فى بلاد المسلمين من المواطنين فيها.

أما الشركات الأجنبية التى لها فروع فى بلاد المسلمين، فليس له أن يحكم على تصرفاتها بحل أو حرمة، والذى يهمه هو حكم التعامل معها، وهو راجع إلى السياسة العامة فى بلاد المسلمين، فمن أجازت دولته التعامل معها، جاز ذلك له، وأخذ التعويض وأرباحه، مهما كانت صفته.

وقال: إن الحاجة اشتدت إلى التأمين. . . وإنه سبق أن رأى أن ليس فيه ما يدعو إلى تحريمه، وأنه أعلن رأيه هذا لفضيلة العالم الجليل الشيخ «محمد سعيد غباشى»

فوافق عليه، وقال له: إنى أجد أن ضمان حارس السوق لا يختلف عن التأمين.

وقال: إنهما راجعا البحث فى كتب الفقه الحنبلى، فوجداه كما قال. وقال الشيخ داود: إنه أبدى هذا الرأى قبل اطلاعه على كتاب الأستاذ الزرقا، محاضراته فى أسبوع الفقه؛ فعجب لتوارد الخواطر.

وقال: إن التأمين على الأموال معناه معروف فى الفقه الإسلامى، ومنصوص عليه، وإن كان فى التأمين توسع فى أنواعه، كما اختلفت التسمية، وذلك هو ما يسمى الضمان أو الكفالة، وأورد ضمان حارس السوق الذى اختار ابن تيمية صحته، وعليه فقهاء مذهب أحمد وأورد ضمان الوديعة بأجر، وضمان خطر الطريق المعروف عند الحنفية.

وقال: إن التأمين ضد الحوادث الطارئة على الأشخاص لا فرق بينه وبين التأمين على الأموال، لا فى الصورة ولا فى المعنى.

وقال: إن التأمين على الحياة جائز. وردَّ على الشبه التى وجهت إليه، وإلى الشروط التى تشترط فيه، واستدل على صحته ببيع العربون، وهو الذى يدفعه المشترى على أنه إن أخذ المبيع فى وقت كذا احتسب من ثمنه، وإلا كان للبائع.

وقال: إن الأثرم سأل أحمد عنه، فقال: أى شىء أقدر أن أقول؟! هذا عمر قد فعله.

وقال: إن أحمد قد ضَعَّفَ حديث ابن ماجه، وهو أنه ﷺ نهى عن بيع العربون،[١] وقال الشافعية فى هذا الحديث: إنه لا يحتج به عندهم ولا عند مشاهير العلماء.

وقال: إنه لا فرق بين التأمين على الحياة، وبين التأمين على الأموال بعد أن ردت الشبه الموجهة إليه، وبعد أن اتضح أنه مثل بيع العربون؛ فهو جائز وملزم، كما أنه جارٍ على الأصل وهو الحل مع خلوه من الربا ومن التظالم، وللطرفين فى عقده قصد صحيح.

وقال: إن استغلال شركات التأمين أموالها بالربا لا يمنع من التعاقد معها، ولا يحرم أن يأخذ المستأمن منها ما يخصه من الربح، ونقل فى ذلك كلامًا عن الإمام أحمد.

---

(١) تقدم .

وقال: إن المستأمن إذا جعل بعض التأمين لمستفيد من غير ورثته، كان له مخلصٌ: وهو أن يهب للمستفيد الأقساط التى يدفعها؛ ليكون له الحق فى أخذ بدل التأمين عند استحقاقه، لكن لا بد أن تنعقد الهبة وتلزم قبل موت الواهب.

سادسًا - لبنان:

السيد زهدى يكن:

بدأ بحثه بالكلام فى منهج الصحابة والفقهاء فى الاجتهاد المبنى على تصرف العلل والمقاصد، ثم تكلم عن مذاهب العلماء فى إباحة العقود والشروط وحظرها، وفى أطوار ظهور التأمين، وانتشاره، والحاجة إليه.

وقال: إنه إذا نظر إلى العلاقة بين المؤمن والمستأمن وحدهما، كان عقد التأمين عقد مقامرة أو رهان، لكن يجب أن نتخطى هذا إلى العلاقة بين المستأمن وبقية المستأمنين معه، واعتبار الشركة وسيطًا بينهم، وإذ ذاك يكون التأمين ليس إلا تعاونًا منظمًا دقيقًا، وهذا هو ما يقول هو به، وهو الذى نادى به جمهور من الاقتصاديين المشهود لهم بفرنسا، وعلى رأسهم كولين وكابتان، ونقل عنهم ما نقل.

وقال: إنه إذا استبعد القمار أو المراهنة من عقد التأمين، وروعى أنه أصبح ضرورة اجتماعية يُقِرُّها العقل، ولا تخالف حكمًا شرعيًا - لم يكن فى مباشرته حرج فى نظر الفقه الإسلامى.

كما قال: إنه لا فرق بين التأمين المفرد والتأمين التعاونى، وإن عقد التأمين عقد قائم بذاته نشأ بسبب الضرورة؛ فلا يجوز قياسه على عقد المضاربة ولا عقد الكفالة ولا الوديعة بأجر، ولا عقد الموالاة . . . إلى آخر ما قيل من التشبيهات.

ثم عاد إلى الكلام فى جواز إحداث عقد جديد لم يسمه الفقهاء من قبل، ونقل ما قاله ابن القيم فى ذلك، عن «أعلام الموقعين»، وانتهى: إلى أنه لا يجوز القول بأن عقود التأمين غير مشروعة، وإلى أن الذين قالوا بتحريمها من علماء العصر، لم ينظروا إلى ناحيتها العملية والفنية التى صورها على حقيقتها، من أنها عقود تدرأ الملمات، وتخفف وقع المصائب وفيها من اليسر ما أمر المشرع به.

السيد رامز ملك، أمين الإفتاء فى طرابلس لبنان:

بعد أن أورد خلاصة الاستفتاء، وبعد أن تكلم فى بدء دخول التأمين فى البلاد الإسلامية - تكلم فى أنواع تصرفات العباد، وذكر اختلاف الفقهاء فى العقود

والشروط بتفصيل ومناقشات، وانتهى: إلى أن الأدلة ترجح ما ذهب إليه الجمهور، من أن الأصل فى الأشياء والأعمال: الإباحة، وتدخل فى الأعمال العقود المحدثة، إلا التى تشتمل على ما قام الدليل على حظره.

وفى كلام طويل انتهى إلى أن عقد الكفالة لا ينطبق على التأمين، والذى يمكن أن ينطبق عليه هو أحكام الضمان، من حيث إنه التزام أشبه بضمان حارس السوق. وفى بحثه الذى تلا ذلك قال: إن الجهالة ظاهرة فى جميع أنواع التأمين الخاص، وكذلك الغرر إذا فسر به عقد مجهول العاقبة، وأما القمار والمراهنة والغرر بمعنى الخطر فظاهرة فى التأمين على الحياة، وقد فسر القمار (لغة): بأنه الغلب فى المراهنة، وفسره بعض الفقهاء: بنتيجته، وهو: ألا يخلو كل واحد من المتغالبين من أن يغرم أو يغنم، وظهور القمار فى التأمين على الأشياء وفى التأمين على المسئولية ضعيف، وانتهى: إلى أن التأمين على الحياة فيه القمار، وإلى أن الجهالة فى التأمين على الأشياء وفى التأمين على المسئولية، تشبه الجهالة فى ضمان الدرك والعهدة، وفى ذلك اختلف الفقهاء.

وقال: إن التأمين ليس فيه أكل لأموال الناس بالباطل؛ لأنه إما تبرع أو معاوضة تمت عن تراض، وكل ذلك لا حرج فيه، وهو جائز، إلا إذا تضمن محظورًا كالربا والغرر وغير ذلك من المحرمات.

وبعد ذلك تناول التعامل بالنقدين، والتعامل بأوراق النقد، وعلة الربا عند الفقهاء، وانتهى: إلى أن عقود التأمين ليس فيها ربا متفق على تحريمه؛ لأن التعامل اليوم بأوراق النقد لا بالنقدين، بل فيه لذلك شبهة الربا، ولو كانت العقود اليوم تجرى بالذهب والفضة لقال: إن فى بعض عقود التأمين ربا متفقًا عليه.

وقال: إن التأمين على الحياة من أجل شخص آخر ليس فيه ربا، وإنما هو عقد فاسد عند الحنفية.

وقال: إنه إذا خلا عقد التأمين من الربا، واستغلت الشركة الأقساط من طريق الربا - لم يكن ذلك مقتضيًا تحريم عقد التأمين؛ لاختلاف العلماء فى مثل ذلك، كبيع العصير ممن يتخذه خمرًا.

ونقل: إن الغبن فى العقود لا يقتضى بطلانها وإن كان فاحشًا، والعلماء إنما اختلفوا فى ثبوت الخيار للمغبون غبنًا فاحشًا فى فسخ العقد أو إمضائه إذا كان جاهلا بالغبن.

وقال: إن الأخذ بالتأمين إذا أجازه العلماء، ليس فيه إبطال لمقومات المسلمين وخصائصهم.

وتكلم فى منافع التأمين، وأنه فى هذا العصر - عصر الصناعة والاختراع - أصبح ضرورة اجتماعية؛ لنمو الثروات، وتثبيت دعائم الاقتصاد، وتكلم أيضًا فى العرف والاستحسان والمصلحة، وذهب إلى أنه يصح الاعتماد عليها فى إباحة التأمين؛ لما فيه من المصلحة العامة الضرورية، وهو أمر حادث، وقد قال الغزالى فى «المنخول»: إنه لو وقعت حادثة لم يعهد مثلها فى عصور الأولين وسنحت مصلحة لا يردها أصل، اتبعت المصلحة. ونقل بحث ابن عابدين، وقال: إنه بحث ضعيف لا يثبت أمام النقد، وأفاض فى مناقشته، ثم انتهى فى خاتمة بحوثه إلى:

أولا: أن التأمين على الحياة قد تجمعت فيه شبهات يقوى بعضها بعضًا: ففيه شبهة الخطر والمقامرة، وقد يؤدى إلى ربا الفضل تارة، وإلى ربا النساء تارة أخرى، ولا تدعو إليه ضرورة اجتماعية، وإن كان لمصلحة ثالث، وليست فيه شبهة الربا؛ فهو عقد فاسد، فمن أحب أن يستبرئ لدينه امتنع منه.

ثانيًا: أن التأمين على الأشياء ومن المسئولية مباح.

ثم يدعو إلى أن تحل الدول الإسلامية محل شركات التأمين، وإذ ذاك يكون تأمينها تأمينًا نقيًا ليس فيه شىء من الشبهات ولا ريب فى حله.

سابعًا - ليبيا:

الشيخ عزمى عطية، مصراطة:

بعد أن أشار إلى القياس الذى تقاس به الأمور، وأورد بعض الآيات والسنن قال: إن سبب وجود التأمين هو: الفساد العظيم فى الدولة.

وقال: إن التأمين لا تجتمع فيه الشروط التى نص عليها المشرع فى الضمان وانعقاده، فالتأمين كله حرام شرعًا؛ لأن عقده باطل شرعًا، وأخذ المال بمقتضاه حرام، وهو أكل مال بالباطل، ويدخل فى مال السحت.

ثامنًا - المغرب:

الأستاذ أحمد الخريصى، الدار البيضاء:

قال: إن عقد التأمين ليس من العقود المعروفة فى الفقه الإسلامى، وإنه لا مانع من إحداث عقد ليس معروفًا من قبل؛ بشرط ألا يكون من نوع أكل أموال الناس

بالباطل، وإن عقد التأمين ينطوى على غرر وجهالة كما فى التأمين على الحياة، وعقود الغرر ممنوعة فى الإسلام، والجهالة تمنع صحة العقد شرعًا.

وقال: إن خصائص القمار موجودة فى أنواع التأمين؛ فهو فى معنى القمار إن لم يكن نفس القمار، وتحريم القمار معلوم من الدين بالضرورة، وما عرفوا به أكل الأموال بالباطل يفيد: أن التأمين أساسًا داخل فيه. والتأمين ينطوى على الربا؛ لأن شركات التأمين تستثمر أموالها بالربا، وفى بعض صور التأمين على الحياة ربا.

وقياس التأمين على الصرف تكلف لا حاجة إليه، مع ما فيه من موانع القمار والمراهنة وأكل أموال الناس بالباطل، وتحدى المقادير، وغير ذلك، وأنه لا شك فى أن شركات التأمين تستغل أموالها استغلالا ربويًا، وفى التأمين إعانة على هذا الاستغلال المحرم.

وقال: إن من العرف ما هو مقبول شرعًا؛ لأنه يتواءم مع أصول الدين، ومنه ممنوع شرعًا، وهو ما يهدم أصلا أو أصولا للشريعة، وهذا لا يصح الاستناد إليه فى إباحة عقود التأمين الذى لا توجد ضرورة تدعو إليه فى المجتمع الإسلامى.

وقال: إنه لا سبيل إلى تطبيق أحكام الكفالة والضمان على التأمين؛ إذ توجد فوارق أساسية كثيرة، بينها وبين التأمين.

وقال: إن فى الإسلام عقد تأمين، وهو عقد الذمة: يدفع الذمى المال - وهو الجزية - فى مقابل عصمة دمه وصيانة عرضه وماله. ولكن هذا العقد شرع لمصلحة عامة متوقعة من الذميين هى إسلامهم متى آمنوا واطلعوا على محاسن الإسلام ومزاياه، لا لمصلحة المال المأخوذ منهم؛ ففارق التأمين الحديث.

ثم أسدى النصح إلى علماء المسلمين، وقال: إن عليهم أن يبينوا الحق مهما كان وقعه على النفوس، وليس عليهم ألّا يتبع الناس الحق: ﴿فَإِنۡ أَعۡرَضُواْ فَمَآ أَرۡسَلۡنَٰكَ عَلَيۡهِمۡ حَفِيظًاۖ إِنۡ عَلَيۡكَ إِلَّا ٱلۡبَلَٰغُۗ﴾ [الشورى:٤٨]، وحذر من زلة العالم فى فتواه، وما يمكن أن تجره من فتنة المسلمين، فى تعاليم دينهم.

الدكتور تقى الدين الهلالى:

بدأ بتخريج حديث الأربعين النووية: «إن الله فرض فرائض فلا تعتدوها...»[١]

---

(١) أخرجه الطبرانى (٥/ ٨٦) (١٢٨١٧)، والحاكم (٤/ ١١٥)، وأبو نعيم فى الحلية (٩/ ١٧)، =

إلخ، وتكلم فى معناه، ثم قال: إن لنا قاعدة فى أصول الفقه، هى: قاعدة المصلحة والبراءة الأصلية، وهى تقضى بأن الأصل فى كل العقود الإباحة ما لم يقم دليل على المنع، وأنه لم يجد فى الفقه كلامًا فى التأمين، وسيجتهد رأيه.

وقال: إن كل عقد من عقود التأمين تحقق فيه الربا فهو حرام، ولو أطبق عليه أهل الأرض، وكل عقد سلم من ذلك فيما يظهر لنا فهو مباح.

وقال: إن التأمين الجبرى على السيارات من باب التعاون، وإن التأمين من الحريق وعلى البضائع فى السفن والقطارات والسيارات والطائرات، تأمين جائز، أما التأمين على الحياة وعلى أعضاء البدن، فعقد فاسد لا يجوز؛ لما فيه من شبهة القمار ومن الجهالة، وهو عقد لا تدعو إليه الضرورة.

الشيخ محمد الجواد بن عبد السلام الصقلى الحسينى، عميد كلية الشريعة بجامعة القرويين بفاس ورئيس المجلس العلمى:

ذهب إلى أن التأمين الخاص بجميع أنواعه محرم؛ لما فيه من الغرر والجهالة وأكل أموال الناس بالباطل، ورد على من قال: إن الغرر والجهالة والخطر فى التأمين مقبولة كقبولها فى الكفالة وضمان الدرك، بأن هذا قياس فاسد؛ لوجود الفارق؛ إذ التأمين عقد معاوضة، والكفالة وضمان الدرك من عقود التبرع، والغرر جائز فى التبرع لا فى المعاوضة.

= والبيهقى (١٠/ ١٢ - ١٣) من داود بن أبى هند عن مكحول عن أبى ثعلبة الخشنى مرفوعًا «إن الله تعالى فرض فرائض فلا تضيعوها، وحد حدودًا فلا تعتدوها، وحرم أشياء فلا تقربوها وترك أشياء من غير نسيان فلا تبحثوا عنها».

وقال الحافظ فى المطالب العالية (٣/ ٧٢) (٢٩٠٩) بعد ما أن عزاه لمسدد قال: رجاله ثقات إلا أنه منقطع.

ورواه البيهقى موقوفًا على أبى ثعلبة الخشنى.

وفى الباب عن سلمان الفارسى مرفوعًا الحلال ما أحل الله فى كتابه والحرام ما حرم الله فى كتابه وما سكت عنه فهو مما عفا عنه.

رواه الترمذى (٤/ ١٩٢) فى اللباس، باب ما جاء فى لبس الفراء (١٧٢٦)، وابن ماجه (٢/ ١١١٧) فى الأطعمة، باب أكل الجبن والسمن (٣٣٦٧)، والحاكم (٤/ ١١٥)، والطبرانى فى الكبير (٦/ ٢٥٠) (٦١٢٤).

وقال الترمذى وهذا حديث غريب لا نعرفه مرفوعًا إلا من هذا الوجه.

وروى سفيان وغيره من سليمان التيمى عن أبى عثمان من سلمان قوله وكأن الحديث الموقوف أصح.

ورد على من قال: إن بدلى المعاوضة متحققان ومعلومان عند العقد، وهما القسط الذى التزمه المستأمن، والأمان من نتيجة الأحداث الذى يتحقق لديه؛ فلا خطر فيه بأن عقد التأمين لا يحصل به للمستأمن أمان واطمئنان حقيقى.

وقال: إن كلام الحجوى، واستدلاله بمسألة تجار البزّ مع الحاكة (الخياطين) غير صواب لأنه لا شبه بين هذه المسألة وبين التأمين الذى تقوم به الشركات، وهى تأمين تعاونى.

وقال: إن قياس التأمين على ضمان خطر الطريق قياس فاسد، وكذلك الاستناد إلى قاعدة الالتزام والوعد الملزم عند المالكية؛ لأن ذلك فى التبرع لا فى المعاوضة.

وبيَّن بطلان الاستدلال بنظام العاقلة، وبطلان قياس التأمين من المسئولية على ولاء الموالاة، وبيَّن: أن هبة الثواب عند من أجازها ليس فيها غرر؛ فلا يقاس عليها التأمين وفيه الغرر المانع.

وقال: إنه لا توجد ضرورة اجتماعية تدعو إلى التأمين، ولا عبرة بالعرف إذا صادم الشريعة الإسلامية، وإن التأمين ليس من الكفالة ولا من الضمان، وفيه إعانة الشركات على الاستغلال المحرم شرعًا، وفى إباحته تحليل لما حرم الله - سبحانه - وإبطال لمقومات المسلمين.

رابعًا - فيما أبدى بلجنة التأمين:

يقول الشيخ محمد أحمد فرج السنهورى: إن خبراء اللجنة من الماليين والاقتصاديين والاجتماعيين، اتفقوا إلا واحدًا منهم على أن التأمين الذى تقوم به الشركات فى حقيقة أمره تأمين تعاونى بين مجموعة المستأمنين لدى أى شركة، وليست الشركة إلا وسيطًا بينهم تنظم لهم هذا التعاون وإن فى هذا التأمين خيرًا عظيمًا للأفراد ولمجتمعاتهم، ولولاه لوقعت أخطار عظيمة لا يقوى أى فرد على أن يتحملها وحده، ولهذا نتائجه المروعة على مالية الأفراد ومالية الدولة، وشركات التأمين لا تستغل أموالها الاستغلال الربوى وحده، بل هى تستغل معظم أموالها فى البناء والصناعات والمقاولات وما إلى ذلك، وربما كان استغلالها الربوى أضعف طرق استغلالها.

أما من خالف منهم فيرى: أن التأمين الخاص بأنواعه شر مستطير، أصاب الأفراد

والجماعات، منذ أن ابتلى الله به هذا العالم حتى يومنا هذا، وهو فى أصله ليس إلا فكرة خبيثة ابتدعها اليهود؛ لابتزاز أموال الناس وأكلها بالباطل، ولا يزال اليهود هم المسيطرون على أكثر هذه الشركات فى العالم، وما أقسى ما يلاقيه المستأمن من شروط هذه الشركات، وأساليبها فى العقود والمعاملة! وما أَمَضَّ ما يلقاه المستأمن إذا وقعت الكارثة من الالتواءات والحيل المتنوعة! حتى إنه لا ينال شيئًا، أو ينال الضئيل الذى لا يوازى معشار ما دفع؛ فيجتمع عليه غرم ما أدى، وفقد من يعينه على نائبته، والقول بأن فى أموال شركات التأمين دعمًا لاقتصاد الدولة ليس إلا ضربًا من ضروب الخيال، ويرى: أن بقاء هذا التأمين مشروعًا فى أى دولة إسلامية عار دينى وإنسانى واقتصادى، يجب أن يزال بأسرع ما يستطاع.

وقد أجمل الشيخ محمد أحمد فرج السنهورى آراء أعضاء اللجنة وخبرائها من علماء المسلمين قائلًا:

أما الأستاذ الشيخ على الخفيف - عضو المجمع واللجنة - فهو صاحب البحث الأصلى الذى ذهب فيه إلى إباحة أنواع التأمين جميعها، ناظرًا إلى طبيعة العقد فى ذاته من غير نظر إلى ما قد يكون فيه من الشروط، وقد رويت سابقًا ما أخبرنى به من أنه أصبح يميل إلى منع التأمين على الحياة. وفضيلته شهد ندوة ليبيا، وأخبرنى بما قررته بشأن التأمين، ولكن لم أعرف رأيه الخاص صريحًا، ومرده إليه، وفى مذكرته باللجنة: أن ابن حزم لا يجوز ضمان ما يجهله الضامن، وأنه استخلص من أحكام الزيدية: أن التأمين لا يصح طبق أحكامهم عليه، وأن قواعد الجعفرية تأبى جواز التأمين، وهنا أشير إلى ما ذهب إليه فقهاء الجعفرية العراقيون من الجواز فى كل أنواع التأمين.

والأستاذ الشيخ محمد أبو زهرة - عضو المجمع واللجنة - ممن كتبوا إلى الأهرام الاقتصادى سنة ١٩٦١م، وممن شهدوا مؤتمر الفقه الثانى بدمشق سنة ١٩٦١م، وكانت له تعليقات على المحاضرات التى ألقيت فى مسألة التأمين، ورأيه فى كل ما أبدى فى تلك الأوقات تجمعه مذكرته باللجنة على وجه منسق مرتب، انتهى فيه: إلى أن المذاهب الإسلامية القائمة لا يوجد من العقود التى تجيزها ما يتشابه مع عقد التأمين، أيًا كان نوعه، وإلى أن قاعدة أن الأصل فى العقود والشروط الإباحة لا تكفى لإباحة التأمين؛ لاشتماله على أمور غير جائزة، هى: الغرر

والقمار، وأنه عقد لا محل له، وفيه التزام ما لا يلزم وليس فيه تبرع واضح؛ بل هو فى نظر أهله قائم على المعاوضة، ولا مساواة فيه؛ فأحد طرفيه مغبون لا محالة، وإلى أنه لا يوجد عرف يسوغ هذا العقد، ولو وجد لكان عرفًا فاسدًا يصادم النصوص، وإلى أنه لا توجد حاجة ولا ضرورة تدعو إلى التأمين مع قيام الأسباب المحرمة، أو على الأقل التى يوجد اشتباه فى بعضها، وتحريم مؤكد فى البعض الآخر، مع إمكان دفع الحاجة بما ليس محرمًا، وإلى أن الربا كما هو واضح يلازم التأمين على النفس، ومن وسائل الاستغلال عند الشركات: الإقراض بفائدة، وليس عملها من باب المضاربة.

وقد شهد فضيلته الندوة الليبية - وفيما سبق رويت عنه ما سمعته منه غير أنى لم أعرف رأيه الخاص صريحًا فمرده إليه.

والأستاذ الشيخ محمد على السايس - عضو المجمع واللجنة - ممن يرون تحريم عقود التأمين بجميع أنواعه؛ للأسباب التى أوردها الأستاذ أبو زهرة.

والأستاذ الدكتور على حسن عبد القادر - عضو المجمع واللجنة - لم يشهد اللجنة أصلا؛ لأنه كان خارج الجمهورية أثناء انعقادها.

ومحمد أحمد فرج السنهورى - عضو المجمع واللجنة - يرى إباحة أنواع التأمين عدا التأمين على الحياة، من أجل مستفيد غيره، وعدا ما يسمونه تأمينًا ادخاريًا، فهو فى حقيقته معاملة ربوية، وفى تسميته تأمينًا كثير من التجوز، ويرجو أن يكون الله - سبحانه - قد من عليه، فجنبه الشيطان، وألهمه صوابًا فيما رأى.

وفضيلة الشيخ محمد مبروك - خبير اللجنة المالكى - قال فى مذكرته: إن عقد التأمين على الحياة عقد فاسد شرعًا؛ لاشتماله على الربا والمقامرة والمخاطرة، وإن عقد التأمين من الأضرار عقد سليم خال من الربا والغرر والجهالة، وليس منافيًا لما تقرره الشريعة، وله أهميته فى الحياة الاقتصادية.

وفضيلة الشيخ طه الدينارى - خبير اللجنة الشافعى - قال فى مذكرته: إن أنواع التأمين فيها مقامرة، وأكل أموال الناس بالباطل، وغير ذلك مما لا تقره الشريعة.

وفضيلة الشيخ محمد عبد اللطيف السبكى - خبير اللجنة الحنبلى - ذهب إلى تحريم جميع أنواع التأمين، فى مذكرته؛ بناء على مثل الأسباب التى جاءت فى فتوى لجنة الإفتاء بالأزهر، التى كان يرأسها.

فالآراء الشرعية التى أبديت من أعضاء اللجنة وخبرائها سبعة، لكل منها مسلكه ومنحاه، وإذا أضيف خمسة وأربعون رأيًا ثم ستة وعشرون رأيًا، كان أمام المجمع زهاء ثمانين رأيًا، سوى ما أبدى فى الندوة الليبية، وهى فتاوى جد مختلفة فى أحكامها ومسالك استنباطها، وفيما استندت إليه من أصول المسائل الفقهية من ناحية معانيها، ومن ناحية تطبيقها، وفى مفاهيم أنواع التأمين، وحقائقها ومقاصدها، وهو اختلاف لا غرابة فى أن يكون بل لابد أن يكون، وهو اختلاف لا يرجى معه اليوم أن يتحقق إجماع فيما يكون من اجتهاد جماعى، وإن كان تحقق الكثرة فيه ليس ببعيد.

المبحث الثانى

تحرير الآراء فى عقد التأمين

واضح من عرض آراء العلماء فى التأمين أنهم لم يتفقوا فيه على قول واحد، بل نستطيع أن نتبين ثلاثة توجهات:

الأول: تحريم التأمين مطلقًا.

الثانى: إجازة التأمين مطلقًا.

الثالث: إجازة بعض أنواع التأمين وتحريم بعضها.

وسنتناول رأى كل فريق بشىء من التفصيل فى الصفحات الآتية:

المطلب الأول

الرأى الأول - رأى القائلين بتحريم التأمين:

صاحبت الفتوى بتحريم الربا بداية ظهوره فى البلاد الإسلامية، ويقوم التحريم على أن التأمين بمفهومه المعاصر وغاياته المنشودة لا يتفق مع المعاملات المشروعة وبعض القواعد الفقهية، فيرى أصحاب هذا الرأى أن التأمين إلى المعاملات غير المشروعة أقرب وبها أشبه، فهو - أى التأمين - يشتمل على الغرر، والقمار والمراهنة، والربا، والغبن، والجهالة، وأكل أموال الناس بالباطل.

وبيان ذلك يأتى على النحو الآتى:

١ - وجود الربا فى عقد التأمين:

الربا لغة: الزيادة والنماء، ربا الشىء يربو رَبْوًا ورباء - بالكسر -: زاد ونما وعلا، وأربيته: نمّيته[١] ، ومنه قوله تعالى: ﴿وَيُرْبِي الصَّدَقَاتِ﴾ [البقرة: ٢٧٦]،

(١) ينظر تاج العروس ١٠/١٤٢ .

وقوله سبحانه: ﴿أَن تَكُونَ أُمَّةٌ هِىَ أَرْبَىٰ مِنْ أُمَّةٍ﴾ [النحل: ٩٢]، وقد وردت مادة (ربا) بمشتقاتها فى كثير من آيات الله البينات.

والربا شرعًا: الزيادة فى أشياء مخصوصة[١].

والربا نوعان:

الأول: ربا الفضل، وهو زيادة أحد العوضين فى متحد الجنس، كمن أبدل قمحًا بقمح بزيادة، وهذا من الأمور المنهى عنها فى الشريعة الإسلامية؛ لقوله ﷺ: «الذَّهبُ بالذَّهَبِ، والفِضَّةَ بالفضة، والبُر بالبر، والشعير بالشعير، والتمر بالتمر، والملح بالملح، مِثْلا بِمِثْلٍ، يدًا بِيَدٍ، فمن زاد أو استزاد فقد أربى، الآخذ والمعطى فيه سواء»[٢].

الثانى: ربا النسيئة، وهو قرض الدراهم إلى أجل بزيادة على مقدار ما استقرض، وقد يأخذ صورة غير الزيادة، لكن إذا حال الأجل، قال له: إما أن تقضى وإما أن تربى، وبعبارة أخرى: أزيدك فى الأجل وتزيدنى فى المال.

والربا حرام شرعًا، ورد تحريمه بالكتاب والسنة والإجماع:

فأما الكتاب: فقوله تعالى: ﴿وَأَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ وَحَرَّمَ الرِّبَوٰاْ﴾ [البقرة: ٢٧٥].

وأما السنة: فقوله - عليه الصلاة والسلام -: «اجتنبوا السبع الموبقات، قيل: يا رسول الله، وما هى؟ قال: الشرك بالله، والسحر، وقتل النفس التى حرم الله إلا بالحق، وأكل الربا، وأكل مال اليتيم، والتولى يوم الزحف، وقذف المحصنات المؤمنات الغافلات»[٣].

وأجمعت الأمة على أن الربا محرم، وتعاقبت القرون على هذا الإجماع، قال الماوردى: حتى قيل: إنه لم يحل فى شريعة قط؛ لقوله تعالى: ﴿وَأَخْذِهِمُ الرِّبَوٰاْ وَقَدْ نُهُوا عَنْهُ وَأَكْلِهِمْ أَمْوَٰلَ النَّاسِ بِالْبَٰطِلِ وَأَعْتَدْنَا لِلْكَٰفِرِينَ مِنْهُمْ عَذَابًا أَلِيمًا﴾ يعنى فى الكتب

---

(١) ينظر: المغنى ٤/ ٣، وقليوبى وعميرة ٢/ ١٦٦، وتفسير الطبرى ٣/ ١٠٣.

(٢) تقدم.

(٣) أخرجه البخارى (٥/ ٤٦٢) كتاب: الوصايا، باب: قول الله تعالى: ﴿إن الذين يأكلون...﴾ (٢٧٦٦) وفى (١٠/ ٢٤٣) كتاب: الطب، باب: الشرك والسحر من الموبقات (٥٧٦٤) وفى (١٢/ ١٨٨) كتاب: الحدود، باب: رمى المحصنات (٦٨٥٧)، ومسلم (١/ ٩٢) كتاب: الإيمان، باب: بيان الكبائر (١٤٥/ ٨٩) عن أبى هريرة.

السابقة.

وأما ما ذكر عن ابن عباس أنه لم يقل بحرمة ربا الفضل، فقد نقل جابر بن زيد أن ابن عباس رجع عنه، ثم انعقد إجماع التابعين على تحريم الربا بنوعيه فرفع الخلاف[(١)] .

صلة التأمين بالربا:

لما كان الربا هو الزيادة التى يؤديها المدين إلى الدائن على رأس المال نظير مدة معلومة من الزمن أجَّله إليها مع الشرط والتحديد، فهو يعتبر إذن مزيجًا من ثلاثة أجزاء:

أ - الزيادة على رأس المال.

ب - تحديد الزيادة باعتبار المدة.

ج - كونها شرطًا فى المعاملة.

وكل معاملة للدين توجد فيها هذه الأجزاء الثلاثة هى معاملة ربوية من غير شك، وفى التأمين نجد هذا النوع من المعاملة ذات الأجزاء الثلاثة، ويظهر لنا ذلك فيما يلى:

١ - فى التأمين على الحياة: لو انتهت مدة التأمين التى أراد طالب التأمين أن يشملها العقد كخمس سنين مثلا، فإن المستأمن سيأخذ مبلغه الذى دفعه أقساطًا مع زيادة من المال بلا عوض، وهذه الزيادة بهذا الأصل ليست إلا الربا؛ لأن هذا النوع من المعاملات منزل على منزلة القرض الربوى حيث يكون دفع المال من قبل المؤمَّن له الذى هو طالب التأمين قرضًا إلى شركة التأمين، ويكون دفع الفوائد إلى المؤمن له فى مقابل المال الذى أقرضه هذه الشركة.

٢ - شركات التأمين تستغل هذه الأقساط المدفوعة إليها من المستأمنين فى أغراض ربوية بحتة، مثل الإقراض بفوائد تحددها هذه الشركات. وتعامل الناس مع هذه الشركات بهذا الوصف إعانة لها على سلوك سبل معوجة فى استثمار الأموال، وهذا مما ينهى الشارع عنه.

---

(١) ينظر: المبسوط للسرخسى ١٠٩/١٢؛ فتح القدير ٢٧٤/٥، مغنى المحتاج ٢١/٢، وحاشية قليوبى وعميرة (١٦٦/٢)، والمغنى لابن قدامة (١/٤) .

٣ - إذا تأخر المستأمن عن دفع القسط المحدد فى موعده تضاف عليه فوائد بنسبة كذا فى المائة، والمعنى المحرم فى الربا هى الفوائد التى يجنيها أحد المتعاقدين دون مقابل لها، وليس التأمين إلا ذلك، وهو ما تجنيه الشركة المؤمنة فى الغالب من الناس من أموال طائلة، وما يجنيه الفرد فى أحوال قليلة من فائدة مادية تربو على ما دفعه، وهذا ضد القاعدة الشرعية: الغُنْمُ بالغُرْمِ.

٤ - لو أن المستأمن دفع الأقساط كلها كاملة خلال المدة المحددة، فإنه يأخذ هذه الأقساط المدفوعة منه إلى الشركة المؤمنة مع زيادة عليها لقاء هذه المدة، فتقدير المال يكون إذن فى مقابلة الزمن، وهو يمثل استحقاق المال بلا عوض.

٥ - لو أن المستأمن دفع قسطًا واحدًا مثلا، ثم وقع الخطر المؤمن عليه أو المؤمن منه - فإن ورثة المستأمن تأخذ المبلغ المتفق عليه فى عقد التأمين مهما بلغت قيمته، وفى ذلك مبادلة مال بمال بزيادة، وليس هذا إلا ربا الفضل.

٦ - التأمين لا شك فى اشتماله على الشبهات، وهو يكفى لوجوب الابتعاد عنه، ولا حاجة إلى ابتغاء الادخار عن طريق التأمين؛ لأن وسائل الادخار فى المعاملات المشروعة متوفرة متعددة، فالابتعاد عن التأمين تجنب للشبهات، وفى الحديث عن رسول الله ﷺ: «دع ما يريبك إلى ما لا يريبك»[1] ، «الحلال بيِّن والحرام بيِّن وبينهما أمور مشتبهات لا يعلمها كثير من الناس، فمن ترك الشبهات فقد استبرأ لدينه وعرضه»[2] ، فهذا حث منه ﷺ على ترك المشتبهات.

---

(١) تقدم .

(٢) أخرجه البخارى (١/ ١٥٣) كتاب: الإيمان، باب: فضل من استبرأ لدينه (٥٢) ورواه فى البيوع باب: الحلال بين والحرام بين (٢٠٥١)، ومسلم (٣/ ١٢١٩) كتاب: المساقاة، باب: أخذ الحلال وترك الشبهات (١٥٩٩)، وأبو داود (٢/ ٢٦٣) كتاب: البيوع، باب: فى اجتناب الشبهات (٣٣٢٩، ٣٣٣٠)، والترمذى (٣/ ٥٠٢) كتاب: البيوع، باب: ما جاء فى ترك الشبهات (١٢٠٥)، وابن ماجه (٢/ ١٣١٨، ١٣١٩) كتاب: الفتن، باب: الوقوف عند الشبهات (٣٩٨٤)، والنسائى (٧/ ٢٤١) كتاب: البيوع، باب: اجتناب الشبهات (٨/ ٣٢٧) كتاب: الأشربة، باب: الحث على ترك الشبهات، وأحمد فى مسنده (٤/ ٢٦٧، ٢٦٩، ٢٧٠، ٢٧١)، والدارمى (٢/ ٢٤٥)، والبيهقى فى السنن (٥/ ٦٤، ٢٦٤)، والبغوى فى شرح السنة (٤/ ٢٠٧، ٢٠٨) (٢٠٢٤)، وابن حبان فى صحيحه (٢/ ٤٩٧) (٧٢١)، وأبو نعيم فى الحلية (٤/ ٢٧٠، ٣٣٦) .

وفى الباب من حديث عمار بن ياسر رواه أبو يعلى (٣/ ٢١٣) (١٦٥٣) وقال الهيثمى فى =

٧ - لا يمكن التخلص بأى وجه مما فى التأمين من ربا النساء ولا من ربا الفضل عند تفاوت العوضين؛ لأن تأجيل مبلغ التأمين أو عوض الخطر أصيل فى التعاقد، وتماثل العوضين مشكوك فيه للجهالة بما يئول إليه الأمر فى المستقبل، والشك فى التماثل كتحقق التفاضل؛ فيتبين أنه لا يأتى التخلص من الربا فى عقود التأمين إلا بالقضاء على التأمين المعروف[1] .

٩ - أضف إلى هذا أن عقد التأمين: هو اتفاق بين شركة التأمين والمستأمن، بمقتضاه يتعهد المستأمن بأن يدفع مبلغًا من المال دفعة واحدة أو على أقساط دورية، فى مقابل أن ترد إليه شركة التأمين عند وقوع الخطر مبلغًا آخر من المال، قد يكون مساويًا لما دفعه، أو أكثر أو أقل منه، فإن كان مساويًا كنا أمام ربا النساء، وإن كان أكثر كنا أمام ربا الفضل والنساء معًا؛ ذلك أن الفقهاء يتفقون على أن بيع النقد بالنقد إلى أجل هو ربا النساء عند التساوى، فإن كان المؤجل أكبر، انضم إلى ربا النساء ربا الفضل أيضًا، وهذا ينطبق على عقد التأمين؛ لأن مقتضى هذا العقد كما ذكرنا: أن يتعهد المستأمن بدفع مبلغ من المال دفعة واحدة عند العقد، أو على أقساط دورية تدفع بعده، فى مقابل تعهد شركة التأمين بأن ترد إليه أو إلى ورثته أو إلى المستفيد الذى يعينه مبلغًا من المال، قد يكون مساويًا لما دفعه من أقساط أو أكبر أو أقل ، والمستأمن لا يدرى عند العقد مقدار ما يأخذ؛ فيكون جاهلا بالتماثل، والجهل بالتماثل كالعلم بالتفاضل يحقق الربا باتفاق؛ ولهذا يشترط الشارع قبض العوض فى عقد الصرف قبل التفرق من مجلس العقد خروجًا من باب النساء؛ لأن تأجيل أحد العوضين فيما يجرى فيه الربا ومنه النقود غير جائز شرعًا ؛ لقول النبى ﷺ: «لا تبيعوا منهما غائبًا بناجز» ، وقد أجمع العلماء على أن بيع الذهب بالذهب والفضة بالفضة - أى النقد بالنقد - لا يجوز إلا مثلا بمثل، يدًا بيد[2] .

= المجمع (٤/ ٧٦): «رواه الطبرانى فى الكبير والأوسط وفيه موسى بن عبيدة الربذى وهو ضعيف» اهـ .

وفى الباب عن جابر أيضًا عند الخطيب فى تاريخ بغداد (٩/ ٧٠) .

(١) ينظر التأمين فى الشريعة والقانون للدكتور شوكت عليان ص (١٥٨، ١٥٩)، وعقد التأمين بين الشريعة والقانون للدكتور أحمد نجدى ص (٣٠٨) .

(٢) ينظر: نيل الأوطار (٥/ ١٩٠)، وبداية المجتهد (٢/ ١٤٧)، والمبسوط (١١/ ١١٧)، وحاشية الدسوقى على الشرح الكبير (٣/ ٢٥) .

٢ - التأمين يقوم على الغرر المحرم:

الغرر فى اللغة: الخداع والطمع بالباطل، يقال: غره الشيطان، يغره بالضم، غررًا بالفتح، وغرورًا بالضم - أى: خدعه وأطمعه بالباطل[١] .

ومنه قوله تعالى: ﴿يَٰٓأَيُّهَا ٱلۡإِنسَٰنُ مَا غَرَّكَ بِرَبِّكَ ٱلۡكَرِيمِ﴾ [الانفطار: ٦] أى: ما خدعك وسول لك حتى أضعت ما وجب عليك.

والغرر شرعًا: المجهول العاقبة[٢] ، أو هو الخطر الذى استوى فيه طرفا الوجود والعدم بمنزلة الشك، وقيل[٣] : ما لا يدرى أيتم أم لا؟[٤] ، وقيل: هو ما جهل وجوده أو جهلت صفته[٥] . وقيل: إنه ما احتمل أمرين أغلبهما أخوفهما[٦] ، وقال ابن حزم: هو البيع الذى لا يدرى فيه المشترى ما اشترى أو البائع ما باع[٧] .

ولعل تعريف الغرر بأنه هو المستور العاقبة أو المجهول العاقبة هو الذى يعبر عن حقيقته، ومن ثم نختار هذا التعريف.

وإذا كان الغرر وفقًا لما عرفه به الفقهاء هو ما لا يدرى حصوله أم لا، فإنه بهذا المعنى يختلف عن الجهالة؛ حيث إن الجهالة يعلم حصولها ولكن صفتها مجهولة، كمن يبيع لآخر ما فى كمه، فإن ما فى كمه حاصل فعلا، ومعلوم وجوده ولكن لا يدرى أى شيء هو، فالغرر والمجهول كل واحد منهما أعم من الآخر من وجه، وأخص من وجه، وقد يوجد كل واحد منهما مع الآخر أو بدونه، فالجهالة بدون الغرر مثل بيعه حجرًا لا يدرى أزجاج هو أم ياقوت، ورؤيته تقتضى القطع بحصوله فلا غرر، وعدم معرفته تقتضى الجهالة به[٨] .

وبمطالعة كتب أهل العلم يمكن إرجاع الغرر إلى أنواع أربعة، هى:

النوع الأول - الغرر فى الوجود: وذلك كبيع العبد الآبق والبعير الشارد.

---

(١) ينظر: تاج العروس (٣/ ٤٤٣)، والقاموس المحيط (٢/ ١٠٤) .
(٢) ينظر: مجموع الفتاوى (٢٩/ ٤٢) .
(٣) ينظر: بدائع الصنائع (٥/ ٤٢) .
(٤) ينظر: مواهب الجليل ص (٣٦٨) .
(٥) ينظر: المنتقى للباجى (٥/ ٤٢) .
(٦) ينظر: حاشية الرملى على نهاية المحتاج (٢/ ٣٩٢) .
(٧) ينظر: المحلى لابن حزم (٨/ ٣٤٣) .
(٨) ينظر: تهذيب الفروق (١/ ١٧٠)، وبداية المجتهد (٢/ ١٢٩) .

النوع الثانى - الغرر فى الحصول: وذلك كبيع السمك فى الماء والطير فى الهواء وضربة الغائص ورمية الصائد.

النوع الثالث - الغرر فى المقدار: كالبيع إلى مبلغ رمى الحصاة والجهل بأحد العوضين فى العقد.

النوع الرابع - الغرر فى الأجل: كبيع حَبل الحَبَلَة وجهالة الأجل وكوجوب العوض عند موت فلان أو نزول المطر أو موسم الحصاد أو قدوم الحاج.

وهذه الأنواع الأربعة من الغرر مما يؤثر فى العقد تأثيرًا يجعله باطلا، والعقد الباطل لا يترتب عليه أثره؛ فلا ينتقل به الملك، ولا يحل به أكل المال وتعاطيه؛ فيكون حرامًا(١) .

وقامت الأدلة من الكتاب والسنة والإجماع على حرمة الغرر:

فأما الكتاب فعموم الآيات، ومن ذلك قول الله تعالى: ﴿يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُواْ لَا تَأۡكُلُوٓاْ أَمۡوَٰلَكُم بَيۡنَكُم بِٱلۡبَٰطِلِ﴾ [النساء: ٢٩]، وقوله تعالى: ﴿وَلَا تَأۡكُلُوٓاْ أَمۡوَٰلَكُم بَيۡنَكُم بِٱلۡبَٰطِلِ﴾ [البقرة: ١٨٨]، وقوله جل وعلا: ﴿وَأَخۡذِهِمُ ٱلرِّبَوٰاْ وَقَدۡ نُهُواْ عَنۡهُ وَأَكۡلِهِمۡ أَمۡوَٰلَ ٱلنَّاسِ بِٱلۡبَٰطِلِ﴾ [النساء: ١٦١].

فتنهى الآيات نهيًا صريحًا عن أكل أموال الناس بالباطل، وهذا النهى يستدعى تحريم كل طريق موصل إلى هذا الأكل بالباطل، فيحرم الربا والغرر وغيرهما؛ لأنهما يؤديان إلى الوقوع فيه.

وأما السنة، فأحاديث كثيرة، منها:

أ - ما رواه مسلم عن أبى هريرة قال: نهى رسول الله ﷺ عن بيع الحصاة(٢) وعن بيع الغرر(٣) .

ووجه الدلالة: أن الرسول ﷺ نهى عن بيع الحصاة وبيع الغرر، والنهى يقتضى التحريم.

ب - ما رواه سعيد بن المسيب عن أبى هريرة - أيضًا - قال: «نهى رسول الله

---

(١) ينظر: المغنى (٤/ ٢٢١)، وعقد التأمين للدكتور عبد الله مبروك ص (١٣٤، ١٣٥) .

(٢) بيع الحصاة هو: أن يقول: أى ثوب وقعت عليه الحصاة فهو عليك بدرهم أو درهمين، وهكذا .

(٣) تقدم .

ﷺ عن المحاقلة والمخابرة والمخاضرة والملامسة والمنابذة»[١] .

ج - ما رواه أنس - رضى الله عنه - قال: «نهى رسول الله ﷺ عن بيع المضامين والملاقيح»[٢] .

د - ما رواه ابن - عمر رضى الله عنهما - أن رسول الله ﷺ «نهى عن بيع حَبَل الحَبَلة»[٣] وغيرها من الأحاديث.

فقد دلت هذه الأحاديث على النهى عن هذه البيوع بعينها؛ لما فيها من الغرر، وهذا يقتضى النهى عن الغرر عامة، وحرمته كذلك.

وأما الإجماع فقد حكى كثير من الفقهاء حرمة البيوع التى فيها غرر، فقد نقل النووى: إجماع الفقهاء على بطلان بيع المعدوم، وحكى القرافى الإجماع على حرمة جملة من بيوع الغرر؛ كالسمك فى الماء، والطير فى الهواء[٤] .

وإذا كان الغرر محرمًا فإنه تختلف درجة حرمته بالقياس إلى فحشه أو يسره؛ فالغرر قد يكون فاحشًا، وقد يكون يسيرًا.

وبرغم حرمة الغرر مطلقًا، ومجىء النهى عامًّا ومطلقًّا، فإن بعض الفقهاء تجاوزوا عن الغرر اليسير، وبخاصة المالكية الذين هم أكثر الفقهاء تيسيرًا فى موضوع الغرر، فيقول صاحب مواهب الجليل: واغتفر غررٌ يسيرٌ للحاجة، لم يقصد، أى: كون متعلق الغرر اليسير غير مقصود، وضرورة ارتكابه، من ذلك بيع الجبة المجهول قدر حشوها الممنوع بيعه وحده، وجواز الكراء لشهر مع احتمال نقصه وتمامه، وجواز دخول الحمام مع اختلاف قدر الماء ولبثهم فيه، والشرب من السقاء إجماعًا، وهو دليل على إلغاء ما هو يسير غير مقصود دعت إليه الضرورة[٥] .

ولكن متى يكون الغرر يسيرًا؟ لا بد أن تتوفر فى الغرر عناصر ثلاثة هى:

الأول - قلة الغرر:

فيجب أن يكون الغرر قليلا أو نادرًا فى المعاملة، أى: تكون الزيادة أو النقص

---

(١) تقدم .
(٢) تقدم .
(٣) تقدم .
(٤) ينظر: الفروق (٢/ ٦٥) .
(٥) ينظر: مواهب الجليل (٤/ ٣٦٥)، والقوانين الفقهية ص (٢٥٦)، وعقد التأمين ص (١٤٢).

المحتمل فى قيمة العوض عما اتجهت إليه إرادة الطرفين فى العقد تافهة أو قليلة أو نادرة على نحو لا يجعل للنفوس تعلقًا بها، ولا يجعلها حَرِيّة باتجاه قصدهما إليها ابتداء، ويمكن أن يدرك ذلك بمقارنة قيمة الزيادة أو النقص المحتمل فيما يحصل من العوض بالقيمة الكلية لهذا العوض، فإن كانت النسبة بينهما قليلة تافهة، كان الغرر فى مقدار العوض يسيرًا، ففى حالة بيع الجبة المحشوة مع جهالة نوع حشوها، فإن كانت قيمة الجبة جيدة الحشو مائة جنيه مثلا، فلو أن هذا الحشو كان من نوع أقل من الجيد لصارت قيمتها تسعين جنيهًا مثلا، أو خمسة وتسعين، وبموازنة قيمة هذا النقص بمقدار الثمن الكلى، نجد أنه يسير النسبة له، ويمكن أن يتسامح الناس فيه عادة، وإذا كان هذا النقص يمثل قيمة الغرر، كان متسامحًا فيه بالتالى[1] .

الثانى - أن يكون الغرر غير مقصود: بمعنى ألا يرد الغرر على أصل محل المعاوضة، أى: العوضين أو أحدهما، ولا على أمر تابع للعوض يقصد منه المعاوضة عادة، وإنما يجب أن ينصب على أمر تابع لمحل المعاوضة غير مقصود للمتعاقدين غالبًا، ومن ثم فإن الغرر فى بيع السمك فى الماء والطائر فى الهواء ليس غررًا يسيرًا؛ لأنه يتسلط على محل المعاوضة نفسه، أو هو غرر فى الوجود أو الحصول.

ومن أمثلة الغرر غير المقصود لذاته، ما ذكره فقهاء المالكية استشهادًا لقولهم من بيع الدار من غير معرفة أساسها، والجبة من غير معرفة حشوها وغيرهما من الأمثلة التى ضربوها للغرر اليسير، فالغرر فى تلك المعاوضات لا ينصب على أصل العوض بحيث يكون هذا العوض محتمل الوجود والعدم، أو الحصول وعدم الحصول، ولا على أمر تابع يتصل بهذا المحل ويقصده المتعاقدان عادة، وإنما يرد الغرر على أمر تابع لا يتجه إليه قصد المتعاقدين عند الدخول فى المعاوضة، حيث يدخل فى العوض الأصلى تبعًا لا قصدًا[2] .

---

(١) ينظر: عقد التأمين للدكتور عبد الله مبروك (ص١٤٣)، ونظرية الغرر فى عقد البيع للدكتور رمضان حافظ عبد الرحمن «بحث منشور بمجلة كلية الشريعة والقانون، العدد الثالث» (ص ٤٢) .

(٢) ينظر: عقد التأمين للدكتور عبد الله مبروك ص (١٤٤ - ١٤٥)، وينظر: نظرية الغرر فى عقد البيع للدكتور رمضان حافظ ص (٤٣) .

الثالث - أن يكون ارتكاب الغرر ضروريًا:

وهو أن ارتكاب الغرر مما تفرضه ضرورة التعامل؛ ولذلك يقول الشيخ الدردير: واغتفر غرر يسير للحاجة، أي: للضرورة[١] .

والحاجة هي أن يصل المرء إلى حالة بحيث لو لم يتناول الممنوع يكون فى جهد ومشقة، ولكنه لا يهلك[٢] ، فعقد السلم مثلا تدعو إليه الحاجة؛ لأن المزارع قد لا يكون عنده المال الذى ينفقه فى إصلاح أرضه وتعهد زرعه إلى أن يدرك، ولا يجد من يقرضه، فهو فى حاجة إلى نوع من المعاملة يتمكن بها من الحصول على ما يحتاج إليه من المال، وإلا فاتت عليه مصلحة استثمار أرضه وكان فى حرج ومشقة، فمن أجل هذا أبيح السلم[٣] .

والضرورة هى: «أن يبلغ المرء حدًّا إن لم يتناول الممنوع هلك أو قارب»[٤] .

والفقهاء يستعملون كلمة الضرورة مكان الحاجة، كما فى حديثهم عن الغرر، ويعلل السيوطى لذلك بقوله: «الحاجة إذا عمت كانت كالضرورة»[٥] ، والغرر من الأمور العامة التى يصعب الاحتراز منها فى كل حال.

والحاجة يشترط لقيامها: أولا: أن تكون متعينة، بحيث تنسد جميع الطرق المشروعة للوصول إلى الغرض، سوى ذلك العقد الذى فيه الغرر.

ثانيًا: أن تقدر الحاجة بقدرها.

وجود الغرر فى عقد التأمين:

عقود التأمين بأنواعها كافة مشتملة على الغرر المفضى إلى النزاع وهو ما يؤثر فى العقد، ولا يخلو عنه عقد من عقوده؛ وذلك لما يلى:

أولا: إذا كان التأمين على الحياة مؤقتًا لمدة لم يمت فى خلالها المستأمن فقد برئت ذمة الشركة المؤمِّنة، وضاعت على المستأمن الأقساط التى أداها إلى الشركة المؤمنة.

---

(١) ينظر: الشرح الكبير مع حاشية الدسوقى (٢/ ٥٢) .
(٢) الأشباه والنظائر للسيوطى ص (٧٧) .
(٣) ينظر: عقد التأمين للدكتور عبد الله مبروك ص (١٤٦ - ١٤٧) .
(٤) ينظر: الأشباه والنظائر ص (٧٧) .
(٥) ينظر: الأشباه والنظائر ص (٧٩) .

ثانيًا: أن المستأمن الذى أَمَّنَ على بضاعته إنما يدفع مالا فى نظير أن يكون له مقابل، والمقابل هنا لا يكون أمرًا ثابتًا؛ لأن المستأمن لا يستطيع أن يعرف وقت العقد مقدار ما يأخذ، وكذلك المؤمن فإنه لا يعرف مقدار ما سيدفع، ثم إنه قد لا يقع الضرر أصلا على المستأمن.

ثالثًا: أن الشركة المؤمِّنة قد تغرم مبلغًا كبيرًا جدًّا دون أن تأخذ مثله أو ما يقابله، وبناء عليه تكون هذه المعاملة قائمة على الغرر، وعلى كسب مال دون جهد أو عناء ودون مقابل، وهذا أمر غير مشروع فى الإسلام.

رابعًا: وعلى القول بأن الغرر فى عقود التأمين لم يترتب عليه نزاع، فذلك ليس حجة للمبيحين بل عليهم؛ ذلك لأنهم يسلمون بوجود غرر فى عقود التأمين، وهذا الذى يعنينا، والرسول ﷺ إنما منع بعض المبايعات على نحو ما ذكرنا لما فيها من غرر، بغض النظر عن وجود نزاع أو عدم وجوده؛ فليست العلة وحدها هى وجود النزاع.

خامسًا: أن من أركان عقد التأمين الخطر؛ لأنه أحد العَوَضَيْن، وزمن وقوعه ونوعه ومقداره مجهول، ثم إنه قد يتحقق وقد لا يتحقق، وأصل الغرر ما طوى عنك علمه وخفى عليك باطنه وسره، وعليه فالغرر عنصر ملازم لعقد التأمين وأصبح صفة ملازمة له.

سادسًا: أن العقود المشروعة فى الفقه الإسلامى هى التى خلت من الغبن والغرر، ومن كل ما يوصل العقد إلى حالة من الجهالة، بحيث يحكم عليه معها بعدم الصحة على النحو الذى سبق، وعلى شريطة أن يوجد التكافؤ فى الأعواض، وكان كل من المتعاقدين منتفعًا به، أما الحصول على كسب بلا مقابل من عمل أو عين فهذا محرم، وعقد التأمين يدخل فى هذا فيكون محرمًا[(١)] .

سابعًا: نجد أن عقد التأمين مشوب بجميع أنواع الغرر التى تحدَّث عنها الفقهاء، وعلى الأخص تلك الأنواع الأربعة التى تمثل الغرر الشديد، وهى: الغرر فى الوجود، والغرر فى الحصول، والغرر فى المقدار، والغرر فى الأجل، وهذه

---

(١) ينظر: التأمين فى الشريعة والقانون للدكتور شوكت عليان ص (١٦٣ - ١٦٤): عقد التأمين بين الشريعة والقانون للدكتور أحمد زهو النجدى (رسالة دكتوراه، عام ١٩٧٣م) ص (٣٢١، ٣٣٠) .

الأنواع الأربعة من الغرر توجد مجتمعة فى عقد التأمين مع أن واحدًا منها يكفى لإبطال العقد ودخوله فى دائرة الحظر الشرعى، ويستبين ذلك من خلال تطبيق أنواع الغرر فى عقد التأمين كما يلى:

أولا - الغرر فى الوجود:

والغرر فى الوجود هو من أشد أنواع الغرر على الإطلاق، وقد اتفقت كلمة الفقهاء على أنه أشد أنواع الغرر، كما اتفقوا على أنه يبطل عقد المعاوضة المتضمنة له؛ ولذلك فإنهم لا يكتفون بالحكم ببطلان المعاوضة على المعدوم، بل يلحقون به ما احتمل الوجود والعدم كالبعير الشارد الذى يشك فى وجوده، لا يجوز المعاوضة عليه؛ لأن حصول المشترى عليه معلق على خطر وجوده، فإذا لم يجده فقد فات عليه العوض الذى بذله فى مقابلته؛ فهو إذن يخاطر على واقعة غير محققة وهى وجود ما بذل العوض فى مقابلته.

وهذا ينطبق تمامًا على عقد التأمين؛ فإن مبلغ التأمين - وهو دين فى ذمة شركة التأمين - غير محقق الوجود؛ لأن وجوده يتوقف على وجود الخطر المؤمن منه، فيوجد بوجوده وينتفى بانتفائه، ومن المعروف أن فقهاء التأمين يسلّمون بتلك الخاصية للتأمين ويرون أنه لا يتصور وجوده بدونها.

ثانيًا - الغرر فى الحصول:

والغرر فى الحصول معناه: أن العاقد فى عقود المعاوضات لا يدرى عند التعاقد إن كان سيحصل على المقابل الذى بذل فيه العوض أم لا؛ فيكون دخوله مخاطرة على الحصول، يستفاد ذلك من الأمثلة التى أوردها الفقهاء للغرر فى الحصول، وهى بيع السمك فى الماء والطير فى الهواء؛ حيث إن من يدفع الثمن فيهما لا يدرى عند التعاقد إن كان سيحصل على ما بذل فيه الثمن أم لا، وذلك فى وقت اتجه قصده فيه إلى بذل الثمن مقابلا لهذا الحصول[1].

وإذا طبقنا هذا الضابط على عقد التأمين، يظهر لنا أن عقد التأمين يتضمن الغرر فى الحصول؛ لأن المستأمن لا يدرى عند التعاقد هل سيحصل على مبلغ التأمين الذى بذل فى سبيله أقساطه أم لا؟ لأن حصوله عليه يتوقف على الغرر، وهو غرر

---

(١) ينظر: د. حسين حامد ص (٦٦)، د. رمضان حافظ ص (١٩٠).

فى الحصول، فإن المستأمن لا يدرى عند إبرامه هل سيحصل على مبلغ التأمين أم لا، وعلى فرض حصوله عليه، فإنه لا يدرى مقدار ما سيحصل عليه منه، ولقد اتفق شرَّاح القانون على أنَّ الغرر فى الحصول ركن أساسى وعنصر جوهرى، وشرط فى محل العقد لا يصح بدونه.

والغرر فى الحصول غرر شديد يبطل عقد المعاوضة بإجماع أهل العلم[١] ، وإذا كان وجوده فى عقد التأمين أمرًا مفروغًا منه يكون بطلانه راجحًا بهذا الإجماع.

ثالثًا - الغرر فى مقدار العوض:

والغرر فى مقدار العوض يتمثل فى عدم معرفة مقدار ما سيحصل عليه كل واحد من المتعاقدين فى عقد المعاوضة، وقد ضرب الفقهاء أمثلة لذلك من خلال ما ورد بشأنه فى سنة النبى ﷺ، وذلك فيما روى عن أبى هريرة قال: نهى رسول الله ﷺ عن بيع الحصاة، وعن بيع الغرر[٢] ، وصورة بيع الحصاة أن يقول البائع للمشترى: بعتك من هذه الأثواب ما وقعت عليه الحصاة التى أرميها، أو بعتك هذه الأرض من هنا إلى مقدار ما انتهت إليه هذه الحصاة[٣] .

وقد قرر الفقهاء أن جهالة العوض مما يفسد العقد، دون تفرقة بين العوض المعيَّن، أو ذلك الذى يثبت فى الذِّمة كالعوض فى عقد التأمين:

ففى المذهب الشافعى[٤] : يقرر صاحب فتح العزيز: «وأما القدر فالجهل به فيما فى الذمة ثمنًا أو مثمنًا مبطل»، «وأن ما فى الذمة من العوضين لا بد أن يكون معلوم القدر»، «وأن العلم بقدر العوض لا بد منه إذا كان فى الذمة».

وفى المذهب الحنفى: يقرر ابن عابدين فى حاشيته: «أن معرفة قدر الثمن شرط فى صحة البيع، فلو كان الثمن مجهولا كالبيع بقيمته ورأسماله، أو بمثل ما اشتراه هو أو فلان، أو بمثل ما يبيع الناس كان البيع باطلا»[٥] ، ومثل ذلك ما ذكره الكاسانى: ولو قال: بعت هذا الشىء بقيمته، فالبيع فاسد؛ لأنه جعل ثمنه قيمته،

---

(١) ينظر: شرح صحيح مسلم للنووى (١٠/١٥٦)، والفروق للقرافى (٣/٢٦٥) .
(٢) تقدم .
(٣) ينظر: فتح البارى (٤/٣٦)، ونيل الأوطار (٥/١٦٧)
(٤) ينظر: فتح العزيز شرح الوجيز (٨/١٣٩) .
(٥) ينظر: بدائع الصنائع (٦/٣٠٤١) .

وأنها تختلف باختلاف تقويم المقومين، فكان الثمن مجهولا، وكذا إذا باع بحكم فلان؛ لأن الثمن مجهول، وجاء فى الفتاوى الهندية: أن جهالة البدل تبطل مبادلة المال بالمال، كالبيع والإجارة والقسمة والصلح على مال. ويقول الكمال بن الهمام: ولا يجوز البيع بإلقاء الحجر والملامسة والمنابذة، ومعنى النهى لما فى كلٍّ من الجهالة وتعليق التمليك بالخطر؛ فإنَّه فى معنى إذا وقع حجرى على ثوب فقد بعته منك، أو بعتنيه بكذا، أو إذا لمسته أو نبذته[١] .

وفى المذهب المالكى:[٢] يقرر الخطاب: أنه متى حصل الجهل بأحد العوضين من المتابعين أو أحدهما فسد البيع، ويقرر مالك فى مدونته: «أنه لا يجوز شراء سلعة بعينها بقيمتها، أو على حكمه، أو حكم البائع أو رضاه أو رضا البائع، أو على حكم غيرهما أو رضاه؛ لأنه غرر»، وفيما يشبه التأمين قال: «من اشترى دارًا على أن ينفق على البائع حياته لم يجز؛ لأن أجل حياته مجهول فهو غرر»، ويقرر ابن رشد: «أن الغرر لا ينفى عن الشىء إلا إذا كان معلوم القدر».

وفى المذهب الحنبلى: يقرر ابن قدامة[٣]: «أن علة بطلان بيع الملامسة والمنابذة هى الجهالة؛ وكونه معلقًا على شرط، وبيع الحصاة باطل؛ لما فيه من الغرر والجهل، وبيع الحمل فى بطن أمه فاسد لجهالته؛ فإنه لا تعلم صفته ولا حياته وعدم القدرة على تسليمه»، كما ورد فى منتهى الإرادات[٤]: «أن معرفة العوض فى حال العقد شرط فى صحة المعاوضة، سواء كان هذا العوض ثمنًا فى بيع أو أجرة فى إجارة، ومن ثم فقد حكى بطلان بيع السلعة بما يبيع به الناس، وبما باع به زيد ولا يعلمان ذلك» .

وبالنظر فى هذه النصوص نجد أنها تدل بوضوح على أن العوض الذى يلتزم به المعاوض، يجب أن يكون معلوم القدر حتى ولو كان ثابتًا فى الذمة، وإلا فإنه إذا كان مجهولا، فإن المعاوضة تبطل باتفاق الفقهاء، ولئن كان بعض الفقهاء قد علل البطلان بالغرر فى قدر العوض، وبعضهم الآخر قد علله بالجهالة فيه، إلا أن المعنى

---

(١) ينظر: فتح القدير (٦/ ٤١٧) .
(٢) ينظر: مواهب الجليل (٤/ ٢٧٦) .
(٣) ينظر: المغنى (٤/ ١٨٦) .
(٤) ينظر: منتهى الإرادات (١/ ٣٤٥) .

فى العبارتين واحد؛ لأنه يؤثر فى النهاية على الرضا بالبطلان لأن الرضا بالمجهول لا يتصور، ولما كان الجهل بالعوض مؤثرًا فى صحة الرضا بالمعاوضة؛ فلا تصلح سببًا شرعيًا لجواز أخذ العوض، ومن ثم يكون أخذه أكلًا للمال بالباطل وهو محرم بالكتاب والسنة.

تطبيق الغرر فى المقدار على عقد التأمين:

من الثابت أن عقد التأمين ينطوى على الغرر فى مقدار العوض، وذلك ما لا يختلف فيه علماء الشريعة الذين أجازوا هذا النوع، ففى التأمين من الأضرار لا يعلم المستأمن من وقت التعاقد مقدار العوض الذى تدفعه له شركة التأمين عند وقوع الخطر المؤمن منه؛ ذلك أن هذا النوع من التأمين لا يأخذ المستأمن منه إلا بمقدار ما أصابه من ضرر بسبب وقوع الحادث المؤمن منه، ولو كان مبلغ التأمين المتفق عليه أكبر من ذلك[١].

كما أن شركة التأمين التى تعهدت بدفع مبلغ التأمين للمستأمن عند وقوع الخطر، تجهل عند التعاقد مقدار العوض الذى تحصل عليه من المستأمن فى مقابل ما تعهدت به؛ فقد تحصل على قسط واحد ثم تقع الكارثة فتغرم مبلغ التأمين، وقد تحصل على الأقساط كلها ولا يقع الخطر فتبرأ ذمتها قبل المستأمن مما تعهدت بأدائه له.

وهذا النوع من الغرر فى مقدار العوض أو الجهالة من نوع الغرر الكثير الذى يؤثر فى المعاوضة من جانب شركة التأمين ومن جانب المستأمن: أما فى جانب شركة التأمين، فإنها قد تحصل قسطًا واحدًا ثم تقع الكارثة فتدفع مبلغ التأمين كله أو مقدار الضرر، وقد تحصل عددًا كبيرًا من الأقساط قبل وقوع الحادث المؤمن منه، وبين الحالين فرق كبير قد يصل إلى بضعة آلاف من الجنيهات. وأما بالنسبة إلى المستأمن، فإنه يدفع قسطًا ثابتًا فى مقابل تعهد الشركة بدفع مبلغ معين يحدد القسط على أساسه، غير أن الشركة قد تدفع هذا المبلغ بتمامه وقد تدفع نصفه وقد تدفع عشره، حسب جسامة ما أصاب المال المؤمن عليه من ضرر.

وربما يقال: إن شركة التأمين بما تملكه من قدرة على حساب الاحتمالات

(١) ينظر: أحكام التأمين للدكتور أحمد شرف الدين ص (٢٧).

وقواعد الإحصاء وقانون الكثرة - يمكن أن تعرف على نحو شبه محدد مقدار العوض الذى تحصل عليه من مجموع المستأمنين فى مدة معينة، كما تستطيع باستعمال هذه الوسائل نفسها أن تعرف مقدار ما تدفعه لبعضهم من تعويضات عند وقوع الخطر.

ومع ذلك فإن مثل هذه المعرفة غير ممكنة، ولن تستطيع أن تنفى الاحتمال، حيث يظل معها قائمًا، فاحتمال خسارة شركات التأمين وارد، وقد حدث بالفعل أن أعلنت بعض شركات التأمين فى أوربا الإفلاس، على الرغم من توفر هذه الوسائل العلمية لديها، ومما يرجح ذلك تفاوت الربح بين شركات التأمين المختلفة وفى الشركة الواحدة من سنة إلى أخرى.

ولو صح مثل ذلك القول، فإنه لن يفيد فى موضوع القضية شيئًا فموضوع قضيتنا هو العقد الذى تبرمه شركات التأمين مع مستأمن معين، وفى حدود العلاقة التى ينشئها هذا العقد، والحقوق والواجبات التى يرتبها بين شركة التأمين والمستأمن، أما العلاقة بين شركة التأمين ومجموع المستأمنين، فليست أمرًا قائمًا؛ إذ لا ينشئ عقد التأمين مثل هذه العلاقة، ولو كان موجودًا لبحثنا فى طبيعته وبينا حكمه الشرعى بناءً على ذلك.

كما أنه إذا كان من الممكن لشركة التأمين أن تعرف مقدار ما تحصل عليه من أقساط، وما تعرفه من تعويضات، فإن ذلك لن يفيد فى حل عقد التأمين، حيث سيبقى المستأمن مع ذلك عاجزًا عن معرفة مقدار ما يبذل وما يأخذ من عوض؛ لأن قانون الكثرة لا يعمل فى حقه، ولأن وسائل حساب الاحتمالات وقواعد الإحصاء ليست متوفرة لديه، وقد رأينا أنه إذا وجد الغرر والجهالة بقدر العوض من أحد طرفى المعاوضة كانت باطلة، وإن كان الطرف الآخر على علم به[(١)] .

رابعًا - الغرر فى الأجل:

والغرر فى الأجل يتمثل فى الجهالة به؛ بأن يكون تحديده مبنيًا على واقعة لا يمكن أن تخضع لتحديد المتعاقدين، وذلك على نحو ما قرره الكاسانى بخصوص البيع المؤجل: «أن يكون الأجل معلومًا فى بيع فيه أجل، فإن كان مجهولا فسد،

---

(١) ينظر: د. حسين حامد ص (٧٢، ٧٣) .

سواء كانت الجهالة متفاحشة كموت فلان ونزول المطر، أو متقاربة كالحصاد وقدوم الحاج»[١] ، فإذا كان الأجل معلومًا فى بيع مؤجل فإن الغرر ينتفى، وبالتالى يكون البيع صحيحًا[٢] ، وهذه النصوص الفقهية الصحيحة تدل بوضوح على أن جهالة الأجل فى العوض المؤجل تبطل المعاوضة، ولم يؤثر خلاف بين المجتهدين فى أن جهالة الأجل بتعليقه على موت إنسان مما يعد من الجهالة الفاحشة التى تبطل المعاوضة[٣] .

تطبيق جهالة الأجل على عقود التأمين:

وبتطبيق الأحكام المقررة على المعاملات التبادلية ذات الأجل المجهول، والتى تتمثل فى بطلان التعامل - نجد أن عقود التأمين فى الجملة تقوم على جهالة الأجل؛ لأن الخطر المؤمن منه حادث محتمل الوقوع، ولا يتوقف تحققه على محض إرادة أحد المتعاقدين[٤] ، وأن عناصره تتمثل فى احتمال وقوعه، بأن يكون حادثًا مستقبلًا غير محقق الوقوع، ولا يتوقف وقوعه على محض إرادة أحد طرفى العقد، وهكذا تتضافر عناصر التأمين فى تأكيد معنى الاحتمال الملازم للخطر بما يجعل وقت وقوعه رجمًا بالغيب، بل إن الإرادة إذا تدخلت فى إحداث الخطر فى وقت معين، فإن التأمين يبطل فى هذه الحالة.

وهناك صور صارخة لجهالة الأجل فى عقد التأمين، مثل التأمين على الحياة لحال الوفاة كما فى التأمين العمرى، حيث تلتزم شركة التأمين بدفع مبلغ التأمين عند وفاة المؤمن له، وهو أجل مجهول يبطل المعاوضة باتفاق الفقهاء؛ فكان باطلا على نحو ما قرر الفقهاء فى الجهالة الفاحشة الناشئة عن تعليق الأجل على موت فلان أو قدوم الحاج أو حبل الحبلة كما رأينا.

وقد فهم بعض الباحثين أن جهالة الأجل فى التأمين العمرى الذى يستحق فيه مبلغ التأمين أيًا كان الوقت الذى يتوفى فيه المؤمن له، من قبيل الجهالة اليسيرة؛

---

(١) ينظر: بدائع الصنائع (٧/ ٣٠٩٣)، وفتح العزيز (٨/ ١٩٦) .
(٢) ينظر: بداية المجتهد (٢/ ١٧٢) .
(٣) ينظر: د. حسين حامد ص (٧٤) .
(٤) ينظر: الوسيط للسنهورى فقرة (٥٦١)، وعقد التأمين للدكتور عبد الحى حجازى ص (٥١)، وعقد التأمين د. مصطفى الجمال ص (٢٠)، والتأمين على الحياة د. عبد الودود يحيى ص (٣٣) .

لكونها تخص وقت حلول الأجل، وهى لا تؤثر فى المعاوضة، وينتهى إلى أن التأمين على الحياة لحال الوفاة الذى لم تحدد فيه مدة، ينتفى فيه الغرر المؤثر فيما يخص مبلغ التأمين من حيث الوجود والحصول والمقدار والأجل، وذلك فى إحدى حالاته، وهى التأمين العمرى الذى يدفع فيه المؤمن مبلغ التأمين للمستفيد عند وفاة المؤمن على حياته، أيًا كان الوقت الذى تحدث فيه هذه الوفاة[١] .

وفى نظرنا، أن هذا الرأى قد جانب الصواب ولم يقم على أساس يقبل به، مع مخالفته للقياس الصحيح الذى يضفى على الجهالة فى تلك الحالة وصف الجهالة الفاحشة فى الأجل؛ لأنه ليس معلومًا لأى من طرفى العقد وقت التعاقد، وإخفاء وقت حلول الأجل الذى اعتبره هذا الرأى من قبيل الجهالة اليسيرة التى لا تمنع صحة هذا العقد، هو جهالة الأجل بعبارة أخرى، وإذا كان معنى العبارتين واحدًا، فلست أدرى ما هو أساس اختلاف النتيجة فى نظر صاحبه؟ مع وضوح حكم هذا النوع من الغرر، وأنه من النوع الفاحش المؤثر على صحة العقد[٢] .

٣ - وجود الغبن فى عقد التأمين

الغبن فى اللغة: من غبن الشىء، وغبن فيه، غبْنًا وغبَنًا: نسيه أو أغفله وجهله، بالتحريك فى الرأى، وبالتسكين فى البيع، وهْو الأكثر، فيقال: غَبِن فى البيع غبْنًا، إذا غفل عنه، بيعًا كان أو شراءً[٣] .

والغبن منه اليسير والفاحش: فأما اليسير فيغتفر؛ لأنه يقع كثيرًا فكان سهل الاحتمال ولا ظلم فيه[٤]. وأما الغبن الفاحش فإنه يؤثر فى العقود؛ ولهذا كان للمغبون حق فسخ العقد بسبب الغبن، فالمغبون مظلوم، ويجب رفع الظلم عنه.

ومن صور الغبن فى البيوع، وهى من الصور المؤثرة فى العقد: بيع المصراة، وهى البهيمة من الإبل والغنم وغيرهما تترك حتى يجتمع اللبن فى ضرعها أيامًا ثم تباع، فيظن المشترى أنها حلوب أى: كثيرة اللبن. ومنها أيضًا: بيع النجش، وهو الزياة فى ثمن السلعة المعروضة للبيع لا ليشتريها؛ بل ليغرى غيره بشرائها. . . وغيرهما من

(١) ينظر: عقود التأمين د. أحمد شرف الدين ص (١٦٦) .
(٢) ينظر: عقد التأمين د. عبد الله مبروك ص (١٦٠ - ١٦٩) .
(٣) ينظر: تاج العروس (٩/ ٢٩٣) .
(٤) ينظر: سبل السلام (٣/ ١٥)، ومجموع الفتاوى (٢٩/ ٢٦) .

الصور[١] .

والغبن محرم شرعًا، جاء تحريمه بالسنة؛ فقد روى عن ابن عمر - رضى الله عنهما - قال: «نهى رسول الله ﷺ عن بيع النجش»[٢] . وعن ابن عباس رضى الله عنهما: قال: قال رسول الله ﷺ: «لا تلقوا الركبان[٣] ، ولا يبيع حاضر لباد»[٤] ، وعن أبى سعيد الخدرى - رضى الله عنه -: أن النبى ﷺ «نهى عن شراء ما فى بطون الأنعام حتى تضع، وعن بيع ما فى ضروعها، وعن شراء العبد وهو آبق، وعن شراء المغانم حتى تقسم، وعن شراء الصدقات حتى تقبض، وعن ضربة الغائص»[٥] .

ووجه الدلالة: أن هذه الصور المنهى عنها؛ إنما نهى عنها لما فيها من الجهالة التى تؤدى إلى الغبن، فبان لنا أن كل عقد يحصل فيه الغبن فهو عقد منهى عن إبرامه، والنهى يقتضى التحريم؛ فكل عقود الغبن محرمة؛ بناء على ذلك.

بيان الصلة بين التأمين والغبن:

بالنظر إلى عقود التأمين سواء أكانت تأمينًا على الحياة أو على الأشياء، أو من المسئولية أو غير ذلك كالتأمين من الحوادث ونحوه - نجد أنها قد دخلها غبن لا محالة، يتضح ذلك مما يلى:

أولًا: أن الشركة المؤمنة قد تحصل على قسط واحد ثم تقع الكارثة؛ فتغرم مبلغ التأمين، فيكون ذلك غبنًا لها، وقد تحصل على الأقساط كلها ولا يقع الخطر فتبرأ ذمتها قبل المستأمن مما تعهدت بدفعه له فيكون ذلك غبنًا للمستأمن.

ثانيًا: أن القسط إنما يقدر طبقًا لطبيعة الخطر المؤمن منه، فإذا حصلت زيادة فى الخطر بأن أمّن شخص على داره المستعملة للسكن من الحريق، ثم اتخذها بعد ذلك مخزنًا - مستودعًا - لمواد قابلة للاشتعال فإنه يكون للمؤمن حق مطالبة المستأمن بزيادة القسط ليبقى التوازن قائمًا بين القسط الذى يدفعه والخطر المتوقع حصوله، وإن حصل العكس بأن أمّن الشخص على داره المستعملة مستودعًا لمواد

(١) ينظر: التأمين فى الشريعة والقانون للدكتور شوكت عليان ص (١٦٥) .
(٢) تقدم .
(٣) تقدم .
(٤) تقدم .
(٥) تقدم .

قابلة للاشتعال، ثم استعملها للسكن فإنه لا يحق للمستأمن مطالبة المؤمن بتخفيض الأقساط المتفق عليها، وهذا بالطبع هضم لحق المستأمن؛ إذ كان من المناسب أن يكون له حق مطالبة الشركة المؤمنة بتخفيض القسط كما حق لها مطالبة المستأمن بزيادة القسط تبعًا لزيادة الخطر.

ثالثًا: فى حالة ما إذا امتنع المستأمن عن دفع باقى الأقساط المتفق عليها، ووقع الخطر المؤمَّن منه أثناء هذه الفترة التى عجز أو امتنع فيها المستأمن عن دفع باقى الأقساط - فإن الشركة المؤمنة فى هذه الحالة لا تلتزم بالضمان، ليس هذا فحسب بل إنها تطالب أيضًا المستأمن بباقى الأقساط المتأخرة عليه بعد وقوع الخطر، وذلك لا ينفعه ولا يكون له أثر فى العقد إلا من تاريخ إعادة الوفاء بالأقساط فقط، فهل من العدل والإنصاف أن يبقى الحق للشركة المؤمنة فى مطالبة المستأمن بباقى الأقساط التى عجز عن دفعها المستأمن فى تلك الفترة رغم أنها تتحلل من الضمان؟ ثم إنه قد يكون عجزه عن دفع الأقساط لحاجة ضرورية لا علاقة لها بموضوع التأمين، فلا ينبغى أن يكون ذلك سببًا فى ضياع قدر كبير مما دفعه من أقساط.

رابعًا: المعاوضة فى التأمين بين القسط الذى يدفعه المستأمن ومبلغ التأمين الذى سوف تدفعه الشركة المؤمنة عند وقوع الخطر، وقد لا يقع الخطر؛ فيضيع على المستأمن ما دفعه من أقساط.

فإن قيل: إن المستأمن لا تضيع عليه أقساطه، ولم يكن مغبونًا إن تخلف الخطر؛ لأنه حصل على الأمان الذى هو مبتغى كل إنسان فى هذه الحياة.

قلنا: إن الشركة المؤمنة إنما تتعهد للمستأمن بدفع مبلغ التأمين كاملا عند وقوع الخطر، وإنها لم تتعهد بدفع الأمان، ثم إن الأمان أمر معنوى فلا يصلح أن يكون عوضًا، والله - تعالى - وحده الذى يستطيع أن يمنح الأمان لمن يشاء، وشركة التأمين نفسها عاجزة عن منح نفسها الأمان فكيف تمنحه غيرها؟! وفاقد الشىء لا يعطيه[1] .

---

(١) ينظر فى كل هذا: التأمين بين الشريعة والقانون للدكتور شوكت عليان ص (١٦٦ - ١٦٨)، وعقد التأمين بين الشريعة والقانون ص (٣٤٣)، وشرح القانون المدنى المصرى الجديد، للدكتور محمد كامل مرسى (٣/ ١٥٤)، والتأمين فى الفقه للدكتور قحطان الدورى (رسالة ماجستير) ص (١٢٢) .

٤ - عقود التأمين تتضمن الرهان والمقامرة

القمار لغة: بمعنى الخداع والرهان، يقال: قامره مقامرة وقمارًا فقمره، وتقمره: راهنه فغلبه، وهو التقامر، ويقال أيضًا: تقمر الرجل: غلب من يقامره، وقمرته: غلبته فى اللعب[١] .

والمراهنة والرهان: المخاطرة[٢] ، والمقامر ينشد مالا موهومًا لا مقابل لهذا الذى يطمع فيه من مال أو عمل.

والقمار والمراهنة حرام شرعًا، ثبتت الحرمة بالكتاب والسنة والإجماع:

فأما الكتاب فقوله تعالى: ﴿يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُوٓاْ إِنَّمَا ٱلْخَمْرُ وَٱلْمَيْسِرُ وَٱلْأَنصَابُ وَٱلْأَزْلَٰمُ رِجْسٌ مِّنْ عَمَلِ ٱلشَّيْطَٰنِ فَٱجْتَنِبُوهُ لَعَلَّكُمْ تُفْلِحُونَ﴾ [المائدة: ٩٠] والميسر شامل لكل أنواع القمار[٣]، وما دام القمار من الميسر، والميسر مأمور باجتنابه، ولا يؤمر باجتناب شىء إلا وهو محرم - فالقمار على هذا حرام.

والرهان أيضًا حرام إلا فى الرمى والمسابقة بالخيل والإبل؛ لما فيه من التحريض على الفروسية وتعلمها وإعداد القوة للجهاد؛ فقد روى أحمد عن أبى هريرة - رضى الله عنه - أنه قال: «لا سبق إلا فى خف أو حافر أو نصل»[٤] والسبق بفتح السين والباء هو الحظ الذى وقع عليه الرهان.

وأما السنة فما رواه أحمد عن ابن عباس - رضى الله عنه - أن رسول الله ﷺ قال: «إن الله حرم الخمر والميسر والكوبة وكل مسكر حرام»[٥] .

ووجه الدلالة: أن الرهان قمار، والقمار نوع من الميسر، والميسر حرمه رسول الله ﷺ بقوله: «إن الله حرم الخمر والميسر»[٦]، يقول ابن العربى: وقد نهى رسول الله ﷺ عن الغرر والقمار، وذلك - أى الرهان - نوع منه، فلم يبق للرهان جواز إلا فى الخيل وأما الإجماع فقد حكاه أبو بكر الجصاص بقوله: لا خلاف بين أهل العلم

---

(١) ينظر تاج العروس (٣/ ٥٠٥) .
(٢) ينظر تاج العروس (٩/ ٢٢٢) .
(٣) ينظر: الطبرى (٧/ ٣٢)، والقرطبى (٣/ ٥٣)، ونيل الأوطار (٨/ ٩٥) .
(٤) تقدم .
(٥) تقدم .
(٦) تقدم .

فى تحريم القمار، وأن المخاطرة أى المراهنة من القمار، قال ابن عباس: إن المخاطرة قمار[١] .

صلة التأمين بالقمار والمراهنة:

وللتأمين صلة وثيقة بالقمار والمراهنة، يتضح ذلك مما يلى:

أولا: أن عنصر المخاطرة بادٍ فى التأمين؛ إذ إنه تارة يقع وتارة لا يقع، وهذا هو القمار بعينه.

ثانيًا: تتم العقود عادة بناء على المساواة بين ما يأخذه أحد المتعاقدين وما يعطيه، أما فى التأمين على الحياة مثلا فإن التعويض الذى يؤخذ من المؤمن حال الوفاة يكون أعظم بكثير من مجموع الأقساط المدفوعة، وهذا التفاوت فى العوضين يجعل التأمين على الحياة من قبيل القمار، وإن كان قد يحصل التساوى فى بعض الأحوال إلا أن ذلك نادر بالنسبة لعدم التساوى، فحصول المساواة فى بعض الأحوال لا يصلح مبررًا للقول بجواز التأمين؛ لأن الأحكام إنما تبنى على الكثير الغالب ولا عبرة بالقليل النادر.

ثالثًا: أن المستأمن حين يجرى عقد التأمين إنما يرجو أن يبذل مقدارًا يسيرًا من المال، وأن يحصل على مبلغ كبير من الشركة المؤمنة، وهذا هو الحال فى القمار، ومعلوم أن فى المقامرة لا بد أن يخسر أحد المتقامرين ويربح الآخر على حسابه، ومن المستحيل أن يربحا معًا أو يخسرا معًا، ثم إن ربح أحدهما بعينه قبل انتهاء العملية محتمل، ولا ريب أن هذه الخصائص توجد فى التأمين[٢] .

رابعًا: جهالة ما يدفع وما يقبض: ففى أغلب أنواع القمار لا يعرف المقامر المال الذى سيدفعه، ولا المال الذى سيحصل عليه، فهو يبذل ماله لأجل ربح موهوم، ليس عنده ما يرجحه على الخسران، وكذلك الحال فى التأمين؛ إذ لا يعرف المؤمن له ما سيدفع من أقساط، ولا يعرف المؤمن ما سيقبضه منها، كما لا يعرف كل منهما مقدار مبلغ التأمين الذى سيدفع، وذلك فى معظم صور التأمين ضد الأضرار وفى صور التأمين على الأشخاص التى لا يقدر فيها هذا المبلغ عند التعاقد، وإنما يتفق

---

(١) ينظر: د. رمضان حافظ عبد الرحمن (١٥٣)، وأحكام القرآن لابن العربى (١/ ٣٨١) .
(٢) ينظر: التأمين فى الشريعة والقانون د. شوكت عليان (١٧٠ - ١٧١) .

على تقديره وفق ما قد يحدث من ضرر[١] .

وعلى هذا فهو أشبه بالقمار فى حقيقته إن لم يكن هو، ومعلوم أن القمار محرم؛ فوجب تحريم ما ألحق به.

خامسًا: أن مقتضى تأمين حياته أو أمواله مثلا ضمان السلامة، وضمان السلامة فى مثل هذه الأحوال ليس إلا ضربًا من المراهنات، على معنى أن المؤمن يتفق مع المستأمن على تأمين الحياة أو المال، بمعنى: أنه إن وقع تلف أو خسارة أو هلاك للشخص أو للشىء المؤمن عليه، كان عليه تعويض تلك الخسارة بدفع ما التزم به من المال، وفى ذلك استحقاق مال بغير عوض حقيقى من عين أو منفعة، وفى ذلك أكل لأموال الناس بالباطل.

سادسًا: أن عقود القمار والرهان من عقود المعاوضات، وكذلك عقود التأمين من عقود المعاوضات، ذلك لأن كلًّا من المقامر أو المراهن إذا كسب شيئا فذلك فى مقابل احتمال تعرضه للخسارة، وإذا خسر شيئًا فذلك فى مقابل احتمال الكسب، والشركة المؤمنة إذا كسبت الأقساط فى حالة عدم وقوع الخطر المؤمن منه، فذلك فى مقابل تعرضها للخسارة فى حالة وقوع هذا الخطر، وإذا خسرت شيئًا فى حالة وقوع الحادث، فذلك فى مقابل احتمال الكسب فى حالة عدم وقوعه؛ فالمعنى واحد فى العقدين، ومعلوم أن عقود المقامرة والمراهنة محرمة فى الشريعة الإسلامية؛ فوجب تحريم ما ألحق بها وكان على شاكلتها[٢].

٥ - عقد التأمين أكل لأموال الناس بالباطل

الباطل فى اللغة: ضد الحق، وهو ما لا ثبات له عند الفحص عنه، وقيل: هو الضياع والخسران[٣] . ومنه قوله تعالى: ﴿وَبَطَلَ مَا كَانُوا يَعْمَلُونَ﴾ [الأعراف: ١١٨]، وقولهم: ذهب دمه بطلا، أى: هدرًا، وقال بعض المفسرين: هو ما لم يكن فى مقابله شىء حقيقى يعتد به، أو هو ما لا يحل شرعًا[٤] : كالسرقة والغصب والربا والقمار والغش والتدليس وغير ذلك من المحرمات.

---

(١) ينظر: عقد التأمين للدكتور عبد الله مبروك ص (٢١١، ٢١٢) .
(٢) ينظر: د. شوكت عليان ص (١٧١) .
(٣) ينظر: تاج العروس (٧/ ٢٩٩) .
(٤) ينظر: الجامع لأحكام القرآن (٢/ ٣٣٨)، وجامع البيان (٢/ ١٨٣) .

ولقد حرم الله - تعالى - أكل أموال الناس بالباطل فقال: ﴿وَلَا تَأْكُلُوٓا۟ أَمْوَٰلَكُم بَيْنَكُم بِٱلْبَٰطِلِ﴾ [البقرة: ١٨٨]، وأكلها بالباطل أكلها من غير الوجه الذى أباحه الله تعالى.

وتعتبر المعاملات التأمينية من قبيل أكل أموال الناس بالباطل، يتضح ذلك مما يلى:

أولا: أن المستأمن قد لا يحصل على القسط الذى دفعه للشركة المؤمنة، إذا لم يصبه الخطر المؤمن منه، أى أنه لم يتحقق وحينئذ يكون ما أخذه المؤمن من المستأمن حقًا خالصًا له وبدون مقابل له، وهو أكل لأموال الناس بالباطل.

ثانيًا: أن الشركة المؤمنة قد لا تُحَصِّل من المستأمن أقساطًا تساوى ما دفعته للمستأمن فى حالة وقوع الخطر، وذلك كما إذا دفع قسطًا واحدًا مثلا ثم وقع الخطر، فإن المستأمن يأخذ المبلغ المؤمن عليه جميعه، وهذا أكل لأموال الناس بالباطل[١].

ثالثًا: أن المستأمن إذا مات بعد إبرام العقد مباشرة أو بعد أن دفع قسطًا واحدًا أو أكثر، فإنه يستحق المبلغ المؤمن عليه بكامله، وهذا المبلغ إن أخذ زيادة عما دفعه من الأقساط فإنه يعد ربًا وهو حرام.

رابعًا: أن عقد التأمين يشتمل على شروط فاسدة، وهو بهذه الشروط الفاسدة لا يخرج عن كونه باطلا، وإن كان فيه مصلحة لفئة من الناس؛ فالخمر مثلا فيها منفعة بالتجارة ونحوها ولا يؤثر ذلك فى تحريمها.

وعليه فإن مناط الإباحة فى كل ما أباحه الله ليس بترتب ربح أو فائدة، فكل عقد أفسده الشارع لا يخلو فى ظاهره من فائدة، ونهى الشارع عنه يدل على إلغاء هذه الفائدة لعدم اعتباره لها، ولأنه - سبحانه وتعالى - هو الذى يقدر ما ينفع وما يضر، فمناط كونه منفعة إباحة الشارع له، ومناط كونه مفسدة نهى الشارع عنه، وقد نُهِى عن أكل أموال الناس بالباطل، والتأمين أكل لأموال الناس بالباطل[٢].

هذه هى أهم الأمور التى استند إليها المحرمون لعقود التأمين، والآن نعرج على

---

(١) ينظر: د. شوكت عليان ص (١٧٦).
(٢) ينظر: د. شوكت عليان ص (١٧٦ - ١٧٨).

الرأى الثانى: رأى المجوزين لعقود التأمين والمبيحين لها.

المطلب الثانى

الرأى الثانى: رأى القائلين بجواز التأمين

يرى بعض علماء العصر الحديث أن التأمين من المعاملات الجارية بين الناس، ولها نظير فى المعاملات الشرعية الإسلامية، وكذلك له أسس وقواعد فى الفقه الإسلامى، والفقه الإسلامى يقرر القواعد والأسس التى لا يتصور بدونها قيام مجتمع متحضر، ويترك جزئياتها تدور مع تقلبات الزمان.

ومن هذا المنطلق فإن الأخذ بنظام التأمين لا ضير فيه، ما دام تقتضيه المصلحة، وكان ضمانًا أكيدًا لتوفير الخير للدول وأبنائها، وفيه مسايرة لركب الحضارة فليس فى نصوص الشريعة الإسلامية ما يمنع من ذلك مطلقًا، بل إن السير بالقوانين فى طريق التدرج والتنظيم من أولى تعاليم الإسلام، ما دام أنه لا يوجد فى كتاب الله ولا فى سنة رسول الله ﷺ ما يمنع مجاراة التطور ومسايرة الأحداث وفق تقلبات الزمان فى كل عصر وأوان(١) .

والقول بإجازة التأمين أو بعض أنواعه(٢) ، قول حديث؛ فقد كان أول القائلين به الشيخ عبد الله صيام فى مقال نشر له بمجلة المحاماة الشرعية عام ١٩٣٢م، ثم توالت الأبحاث المجيزة للتأمين بعد ذلك، فأجازه الشيخ مصطفى أحمد الزرقا، والشيخ على الخفيف، والشيخ عبد الحميد السائح، والشيخ محمود قاسم عيون من علماء سوريا، والشيخ عبد الله الشيخلى من علماء العراق والشيخ على آل كاشف الغطاء من علماء النجف الأشرف والشيخ داود حمدان من قطر، والدكتور محمد البهى والدكتور عبد الرزاق أحمد السنهورى وغيرهم كثير(٣) .

ولقد اعتمد المجيزون للتأمين على عدة أدلة، نذكر أبرزها:

أولا: استدل المجيزون للتأمين بالمنقول من الكتاب والسنة.

فمن الكتاب استدلوا:

١ - بقوله تعالى: ﴿يَـٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُوٓاْ أَوْفُواْ بِٱلْعُقُودِ﴾ [المائدة: ١]، فقالوا: إن

(١) ينظر: د. شوكت عليان ص (٤٣) .
(٢) على ما سيأتى فى المطلب الثالث .
(٣) ينظر: نظرية التأمين التعاونى ص (٥٧٨) .

لفظ العقود قد ورد فى الآية الكريمة عامًا، يشمل عقد التأمين كما يشمل غيره من العقود، ولو لم يشمل عقد التأمين لكان محظورًا، ولبينه النبى ﷺ؛ لأنه بعث لبيان الحلال والحرام والمشرع هنا كان فى مقام البيان لا الإجمال، وحيث لم يبين يكون العموم مرادًا، ويدخل عقد التأمين تحت عموم العقود.

وهذا الاستدلال قاصر وغير سليم؛ لأن سياق الآية فى القرآن الكريم يدل على أن المشرع فى مقام الإجمال لا البيان، فهو سبحانه لم يذكر الآية لبيان العقود الجائزة، وإنما أجمل ذلك بقوله: ﴿يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُوٓاْ أَوۡفُواْ بِٱلۡعُقُودِۚ أُحِلَّتۡ لَكُم بَهِيمَةُ ٱلۡأَنۡعَٰمِ إِلَّا مَا يُتۡلَىٰ عَلَيۡكُمۡ غَيۡرَ مُحِلِّي ٱلصَّيۡدِ وَأَنتُمۡ حُرُمٌۗ إِنَّ ٱللَّهَ يَحۡكُمُ مَا يُرِيدُ﴾ [المائدة: ١]، وهذه كلها آية واحدة والوفاء بالعقود شطر منها، فلفظ العقود هنا مجمل، والقول بأن المشرع لم يبين هذا اللفظ المجمل ولم يفسره، إنما هو زعم يخالف الحقيقة؛ لأن المشرع بينه، فلفظ العقود هنا فسرته آيات أخرى، وفسره الرسول ﷺ، حيث نهى الله - تعالى - فى آيات أخرى عن عدة عقود: كالعقد على الربا، والخمر والدم والميتة ولحم الخنزير، وعقد الميسر (القمار)، كما نهى رسول الله ﷺ عن عقود الغرر وغيرها، مما هو محظور فى الشريعة الإسلامية، وهذا النهى عن بعض العقود من الله ورسوله، يدل على أن المراد بالعقود هنا: هى العقود الخالية من المحظورات[1].

٢ - واستدلوا أيضًا بقوله تعالى: ﴿يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُواْ لَا تَأۡكُلُوٓاْ أَمۡوَٰلَكُم بَيۡنَكُم بِٱلۡبَٰطِلِ إِلَّآ أَن تَكُونَ تِجَٰرَةً عَن تَرَاضٖ مِّنكُمۡۚ﴾ [النساء: ٢٩].

ووجه الاستدلال: أن لفظ (التجارة) المستثنى من تحريم أكل أموال الناس بالباطل فى الآية الكريمة قد ورد مطلقًا، والتأمين تجارة تتم عن تراض؛ فيكون داخلا تحت إطلاق هذا النص، ومن ثم يجوز شرعًا.

وهذا الاستدلال مردود على أصحابه، فمنذ متى كان التراضى على العقد المحرم مبيحًا له، إن عقد الربا محرم بالإجماع، ولا يمكن أن يحله التراضى؛ فكذلك التأمين، ولفظ التجارة إذا كان على إطلاقه فى هذه الآية فإنه مقيد فى آيات أخرى وقيده رسول الله ﷺ بالتجارة المباحة الحلال[2].

(١) ينظر: د. عبد الله مبروك ص (٢٥٧، ٢٥٨).
(٢) ينظر: السابق ص (٢٥٨، ٢٥٩).

ومن السنة استدلوا:

١ - بما روى عن عمر بن يثربى قال: شهدت خطبة النبى ﷺ بمنى، وكان فيما خطب: «ولا يَحِلُّ لامرئٍ مِنْ مَالِ أَخِيهَ إلا مَا طَابَتْ بِهِ نَفْسه»[١] .

ووجه الدلالة فى هذا الحديث لما ذهب إليه المبيحون للتأمين: أن الرسول ﷺ قد جعل طريق حل المال أن تسمح به نفس باذله من خلال التراضى، والتأمين يتراضى فيه الطرفان على أخذ مال بطريق مخصوص؛ فيكون حلالا[٢] .

وقد ورد على الاستدلال بالحديث ما ورد على استدلالهم بقول الله تعالى: ﴿يَـٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُوا۟ لَا تَأْكُلُوٓا۟ أَمْوَٰلَكُم بَيْنَكُم بِٱلْبَـٰطِلِ إِلَّآ أَن تَكُونَ تِجَـٰرَةً عَن تَرَاضٍ مِّنكُمْ﴾ .

ثانيًا: يرى المجيزون للتأمين أن عقد التأمين عقد مستحدث له مقوماته وخصائصه، وهو ليس من العقود والنظم التى عرفها الفقه الإسلامى، وقد أصبح عرفًا عامًا دعت إليه المصلحة والحاجة التى تقارب الضرورة، وأنه تجارة وقعت عن تراض، وأن الأصل فى الأشياء الإباحة ما لم يأت نص يحرمها؛ لذلك فهو مشروع.

ثالثًا: اعتمد القائلون بجواز المعاملات التأمينية بأنها ذات صلة ببعض المعاملات الشرعية، فيرى القائلون بالجواز أن التأمين يشبهها فى بعض وجوهه، ومن ثم قاسوه عليها، فقاسوه على: عقد الضمان، وعقد الإجارة، وعقد الوديعة، وعقد السلم، وعقد المضاربة، وعقد الجعالة، وعقد الهبة، وغيرها.

ونفصل القول قليلا فى بيان الصلة بين التأمين وهذه العقود:

الأول - عقد الضمان وصلته بالتأمين:

يرى القائلون بمشروعية التأمين أن عقد التأمين يشبه عقد الضمان من حيث: توافر الأركان والغايات والأهداف.

أما من حيث توافر الأركان، فشركة التأمين بمثابة الضامن والمستأمن بمثابة المضمون له، والإيجاب والقبول فى عقد التأمين هو عين الإيجاب والقبول فى الضمان، والمؤمن عليه فى عقد التأمين بمثابة المضمون، مالا كان أو غير مال كما

---

(١) تقدم .
(٢) ينظر: د/ عبد الله مبروك ص (٢٦١) .

فى كفالة النفس، أما المضمون عنه فغير ضرورى فى حقيقة الضمان؛ بل المدار فى الضمان وتحقيقه هو وجود الأركان الثلاثة، وهى الضامن والمضمون له والمضمون[١] فأركان عقد التأمين هى نفس أركان عقد الضمان، وإن معاملة الضمان مقبولة شرعًا؛ فتكون معاملة التأمين مقبولة شرعًا كذلك.

وأما من حيث الغايات والأهداف، فقد أصبحت الحياة المعاصرة مليئة بالأخطار بسبب التطور الحضارى السريع، مما جعل الناس يتلمسون فى التأمين ملاذًا يقيهم الأضرار التى يتعرضون لها من جراء ذلك، فالتأمين والضمان كلاهما يعتبر وسيلة من وسائل حفظ أموال الناس وحقوقهم وصيانتها.

كذلك يرى القائلون بمشروعية التأمين أن التأمين يشبه ضمان خطر الطريق؛ فقد جاء فى كتب الحنفية[٢]: «لو قال شخص لآخر: اسلك هذا الطريق فإنه آمن، فسلكه، وأخذ ماله - يضمن، ولو قال: إن كان مخوفًا وأخذ مالك فأنا ضامن، ضمن»، فالتزام القائل هنا بالضمان هو عين التزام شركة التأمين بضمان المؤمن عليه عند وقوع الخطر. ويقول الأستاذ مصطفى الزرقا: «الذى أراه أن فقهاءنا الذين قرروا هذا الحكم فى الكفالة فى ذلك الزمن البعيد لو أنهم عاشوا فى عصرنا اليوم وشاهدوا الأخطار التى نشأت من الوسائل الحديثة كالسيارات التى فرضت على الإنسان من الخطر بقدر ما منحته من السرعة، وثبتت أمامهم فكرة التأمين، ولمسوا الضرورة التى نلمسها نحن اليوم فى سائر المرافق الاقتصادية الحيوية لتخفيف آثار الكوارث الماحقة - لما ترددوا فى إقرار التأمين نظامًا شرعيًا[٣] .

والحقيقة أن عقدى التأمين والضمان ليسا متماثلين فمن أركان التأمين القسط وهو المبلغ المالى الذى يدفعه المستأمن لشركة التأمين مقابل تحملها خطرًا - وهو المؤمن منه - وهذا القسط له علاقة كبيرة بالخطر المؤمن منه، وفى الضمان الذى ذكره فقهاء الإسلام لم نجد أحدًا يشترط دفع شىء للضامن مقابل تحمله الضمان، وإنما الذى ورد ذكره أن الضمان يقع من جانب الضامن على سبيل التبرع و الإحسان

---

(١) ينظر: بحوث فقهية للمحلى ص (٣٣)، والتأمين فى الشريعة والقانون د. شوكت عليان ص (٤٥) .

(٢) ينظر: رد المحتار (٣/ ٢٧١)، ومجمع الأنهر (٢/ ١٤٦) .

(٣) ينظر: د/ شوكت عليان ص (٤٦) .

وليس من ذلك شيء فى عقد التأمين[١] .

والعلة فى الضمان هى السبب الموجب له، وهذا السبب نجده معدومًا فى التأمين؛ فليست شركة التأمين متعدية ولا هى واضعة يدها على الشيء موضوع التأمين ولا هى متلفة له كذلك، وإن أسباب التزام شركة التأمين بما اتفقت عليه مع المستأمن إنما هى الأقساط، فإذا توقف المستأمن عن دفعها امتنعت الشركة من الوفاء.

وفى الضمان تنشغل ذمة الضامن مع ذمة المدين فى أصل الدين، وفى التأمين لا يوجد ضم ذمة إلى ذمة حيث لم تضم شركة التأمين ذمتها إلى ذمة أحد فى التزام مال للمستأمن.

فإن قيل: إن من الفقهاء من يرى انتقال الحق من ذمة المدين إلى ذمة الضامن على نحو لا يبقى معه له أى تعلق بذمة الأصيل[٢] .

قلنا: ومع صحة ذلك فأين المضمون عنه فى التأمين؟ وأين الحق الثابت الذى ضمنته الشركة للمستأمن؟ إنه معدوم؛ إذ المستأمن لا حق له قبل أحد، وإن شركة التأمين ضمنت له ماله.

وأما من حيث الغايات والأهداف فالتأمين يهدف إلى جمع أكبر قدر ممكن من المال طمعًا فى الثراء، وحتى يمكنه تغطية الأخطار التى يتحملها ويتعرض لها؛ فهو عمل تجارى محض، وأما الضمان فى الشريعة الإسلامية فهدفه أسمى من ذلك وهو الإحسان وفض النزاع ودفع الضرر والحاجة عن المتعاملين فغالبًا ما يكون كذلك، ثم إنه لا مقابل ماديًا فى الضمان؛ وإنما للضامن المثوبة والأجر من الله تعالى، وأما فى التأمين فإن الشركة المؤمنة تأخذ أقساطًا ثابتة يدفعها المستأمن لها و لولا هذه الأقساط لما دفعت الشركة شيئًا للمستأمن ولما التزمت له بحق ألبتة، وبمعنى آخر فإن من لم يدفع الأقساط المتفق عليها للشركة لا يأمن على نفسه وماله فيظل قلقًا، وإن من يدفع الأقساط المتفق عليها يأمن على ذلك، فأين هذا من الضمان الذى أساسه فعل الخير تطوعًا واختيارًا دون مقابل؟![٣]

---

(١) ينظر: السابق ص (٦١) .
(٢) ينظر: مجمع الأنهر (٢/ ١٣٢)، والمحلى (٨/ ٥٢٦) .
(٣) ينظر: د/ شوكت عليان ص (٦١ - ٦٢) .

الثاني - عقد الإجارة وصلته بالتأمين:

يرى القائلون بجواز التأمين أنه يشبه عقد الإجارة من وجوه، يشبهه من حيث: تحقيق الأمان، فإذا كان الحارس المستأجر يقدم الأمان، فإن التأمين كذلك، واستئجار الحارس مشروع في الإسلام وقياسًا عليه يكون التأمين مشروعًا.

كما استدلوا بضمان المستأجر ما استؤجر عليه فيما لو لحقه ضرر، والتأمين كذلك يضمن للمستأمن ما لحقه من ضرر، فإذا كان الأجير في ضمانه يؤدي عملا مشروعًا، فكذلك ضمان التأمين يكون مشروعًا.

ويرد على ما قالوا عدة أمور نوجزها فيما يأتي:

لو أن شخصًا استأجر آخر ليحرس له داره فسرقت هذه الدار، فهل يستحق الحارس أجرة على حراسته هذه وقد سرقت؟

فعلى القول بأن عقد الإجارة إنما تم على أساس الحراسة بتقديم الأمان ودفع العدوان من إنسان أو حيوان أو غيره مما ينشأ عنه الضرر، فإنه لا يستحق الأجرة؛ لأنه ما دفع عدوانًا ولا قدم أمانًا، وهذا ما لم تقل به شركة التأمين؛ إذ تأخذ الأجرة من المستأمن مقدمًا، سواء وقع اعتداء على الدار أم لم يقع، وهذا أخذ للمال بدون عوض؛ فيكون أكلا لأموال الناس بالباطل.

ومِنْ أكل أموال الناس بالباطل أخذ أحد العوضين بدون تقديم عوض آخر؛ لأن كلا من المتعاقدين أوجب على نفسه بالعقد ما طلبه الآخر، والمستأجر إنما استأجر الحارس ليحميه من اعتداءات الأخرين، وهذا الأجير لم يدفع عن مستأجره هذا العدوان حيث سرقت الدار، وبالتالي فهو لا يستحق أجرة على ذلك، فعلى أي أساس تأخذ شركة التأمين الأجرة من المستأمن؟!

أما القول بضمان الحارس فليس ذلك على إطلاقه، فالفقهاء متفقون على أنه لا يضمن إلا إذا تعدى هو على الشيء فأفسده أو أضاعه أو فرط في حفظه وصيانته، فلو أن الحارس مثلا ترك باب المنزل أو السوق مفتوحًا ونام بعيدًا عنه كان مفرطًا عليه ضمان ما فقد منها، أما إذا تسلق اللص الجدار ولم يلحظه الحارس فلا يكون ضامنًا في هذه الصورة، فالأجير يكون أمينًا على الشيء المستأجر عليه ولا ضمان على الأمين فيما يتلف أو يضيع منه بشرط ألا يتعدى على ما بيده أو يهمل في صيانته كما ذكرنا. وكذلك إذا أراد شخص مثلا نقل بضاعة ما من مكان إلى آخر على ظهر

باخرة معدة لمثل هذا الغرض فهلكت هذه البضاعة وهى على ظهر السفينة، فإذا تبين أن الهلاك وقع بفعل الناقل أو أحد وكلائه فإنه يضمن تلك البضاعة، سواء كان الإهلاك عمدًا أو نتيجة لخطأ أو إهمال فى طريقة تحميل البضاعة أو تسيير المراكب ونحو ذلك: كالزيادة فى حمولتها عما هو معتاد لها.

أما إذا كان الهلاك قد وقع بفعل غيره، فإن كان يمكن له أن يحترز من هذا الهلاك ثم قصر فإنه يضمنه كذلك. أما إذا لم يمكنه الاحتراز من ذلك كأن حرقت السفينة قضاء وقدرًا أو سرقت أو غرقت لهبوب عاصفة بحرية ونحو ذلك، فإنه لا يضمن شيئًا من ذلك.

ومثله: أيضًا إذا مات شخص بسبب إجراء عملية جراحية فإنه لا يضمن بشرط ألا يتجاوز الطبيب بالعملية موضع العادة، وأن يكون قد احتاط لعمله كل الاحتياط المعروف عادة، فإن ترك شيئًا من ذلك فعلى الطبيب المقصر الضمان. وكذلك إذا ركب إنسان فى مركب فغرقت أو هلكت بفعل لا يمكن الاحتراز منه كحرق ونحوه فإنه لا يُضْمَن؛ لأن الإنسان يُضْمَنْ بالجناية عليه، ولا جناية هنا؛ لأن ركوبه المركب كان بموافقته[1].

والأجير فى الإسلام له حالتان:

١ - أن يكون مشتركًا: وهو الذى استؤجر على الأعمال كنجار وحداد وخياط لأكثر من شخص، وسمى مشتركًا؛ لأنه يتقبل أعمالا لاثنين فأكثر فى وقت واحد يعمل لهم فيشتركون فى منفعته واستحقاقها؛ فسمى مشتركًا لاشتراكهم فى منفعته.

٢ - أن يكون خاصًا: وهو الذى يجب عليه ألا يعمل لغير من استأجره، كالأجير اليومى؛ فإنه لا يصح أن يشغل وقته بشىء غير العمل المستأجر له ويكون لمدة معلومة، كرجل استؤجر لخدمة أو عمل فى بناء أو إصلاح دار يومًا أو شهرًا، وسمى خاصًا لاختصاص المستأجر بنفعه فى تلك المدة دون سائر الناس.

أما الأجير المشترك فإنه لا يضمن شيئًا مما هلك عنده إلا ما ثبت أنه تعدى فيه أو أضاعه، فإن قامت عليه بينة بالتعدى أو الإضاعة ضمن، وإلا فلا، يدل لذلك قوله تعالى: ﴿لَا تَأْكُلُوٓا۟ أَمْوَٰلَكُم بَيْنَكُم بِٱلْبَٰطِلِ﴾ [البقرة: ١٨٨].

---

(١) ينظر: السابق ص (٧٥ - ٧٧).

أما الأجير الخاص: فإنه لا يضمن ما هلك فى يده بغير صنعه، إلا إذا تعدى أو فرّط وكان متعمدًا فإنه حينئذ يضمن.

أما ما هلك بعمله هو فإن كان مأذونًا فيه فإنه لا يضمنه إلا إذا تعدى، وإن لم يكن مأذونًا فيه ضمنه، فإذا أمر نجارًا: بعمل باب، فترك النجار الباب وعمل شباكًا مثلا - فعليه ضمانه؛ لأنه غير مأذون فيه[١] ، قال فى المحلى[٢] : فإن هاج البحر وخافوا العطب فليخففوا الأثقل فالأثقل، ولا ضمان فيه على أهل المركب؛ لأنهم مأمورون بتخليص أنفسهم، قال الله تعالى: ﴿وَلَا تَقْتُلُوٓاْ أَنفُسَكُمْ﴾ [النساء: ٢٩]، وقال جل شأنه: ﴿وَلَا تُلْقُواْ بِأَيْدِيكُمْ إِلَى ٱلتَّهْلُكَةِ﴾ [البقرة: ١٩٥]، فمن فعل ما أمر به فهو محسن، قال تعالى: ﴿مَا عَلَى ٱلْمُحْسِنِينَ مِن سَبِيلٍ﴾ [التوبة: ٩١] فإن كان دون الأثقل ما هو أخف منه، فإن كان فى رمى الأثقل كلفة يطول أمرها، ويخاف غرق السفينة فيها، ويجرى الخلاص برمى الأخف - رمى الأخف حينئذ؛ لما ذكرنا.

وأما من رمى الأخف وهو قادر على رمى الأثقل فهو ضامن لما رمى من ذلك لا يضمنه معه غيره؛ لقوله ﷺ «إِنَّ دِمَاءَكُمْ وَأَمْوَالَكُمْ عَلَيْكُمْ حَرَامٌ»[٣] .

ثم إن الحارس فى الفقه الإسلامى يباشر موضع حراسته وليس كذلك الشركة المؤمنة، فالشركة لا تلازم الشىء المؤمن عليه، ثم الأجير أيضًا يلتزم بالمباشرة طوال مدة سريان العقد المتفق عليه بحيث تحدد التزاماته بالمدة التى يباشرها والشركة المؤمنة لا تصنع ذلك.

وبعدُ، فهذه هى صور ضمان الأجير فى الفقه الإسلامى، فهل التأمين يماثل واحدة منها حتى يمكن قياسه عليها؟!

الواقع أنه على خلاف ذلك، فقد تتبعت صور ضمان الأجير بمختلف أنواعه وأحواله فى أكثر كتب الفقه المعتمدة فما وجدت التأمين يماثل حالة من حالات الضمان؛ فقياس التأمين على ضمان الأجير لا يستقيم للفوارق التى ذكرناها، ومن هذا نعلم أن ما استدل به بعض فقهاء هذا العصر على إباحة التأمين قياسًا على

---

(١) ينظر: المغنى (٥/ ٥٣٣).
(٢) ينظر: المحلى (٩/ ٣٣) المسألة (١٣٢١) .
(٣) تقدم .

الإجارة، لا يستقيم ولا يثبت لهم مُدَّعَاهُم(١) .

الثالث - عقد الوديعة وصلته بالتأمين:

استدل القائلون بمشروعية التأمين بقياسه على الوديعة من حيث: جامع المصلحة فى كل منهما، فالشركة المؤمِّنة تستفيد من الأقساط المتجمعة لديها قبل المستأمنين مقابل ضمان الشىء المؤمن عليه، وكذلك المودع عنده يستفيد إذا جعل له أجر على حفظ الوديعة، وهو يضمن الوديعة إذا فقدت أو تلفت(٢) .

والواقع أن ما قالوه وذهبوا إليه لا يثبت لهم من أوجه:

١ - إن مبدأ الوديعة قائم على تحقيق خدمة إنسانية باعثها المروءة وقضاء حق الإنسانية والدين؛ ولذلك فإن من لم يقدر على حفظ الوديعة ليس له قبولها، ولا حرج عليه فى ذلك، أما مبدأ التأمين فقائم على جمع قدر من المال طمعًا فى الثراء فالغرض مادى محض، وعليه فتكون المصلحة مختلفة ولا قياس مع اختلاف المقيس والمقيس عليه.

٢ - إن الوديعة تظل ملكيتها لصاحبها مهما مكثت عند المودع ويستردها صاحبها فى الوقت الذى يريده.

أما فى التأمين فإن الأقساط التى يدفعها المستأمن تصبح ملكًا للشركة المؤمنة خصوصًا فى التأمين على الأشياء أو من المسئولية.

٣ - إن اشتراط الضمان على المودَع عنده باطل؛ لقوله ﷺ: «ليس على المُسْتَوْدع غير المُغِل ضمان»(٣) ولأن الوديعة مشروعة لحاجة الناس إليها، ولو

---

(١) ينظر: د/ شوكت عليان ص (٧٧ - ٨٠) .

(٢) ينظر: بداية المجتهد (٢/ ٣٣٨)، والمحلى (٩/ ١٦٩)، والأم (٤/ ٦١) .

(٣) أخرجه الدارقطنى (٣/ ٤١) كتاب: البيوع، حديث (١٦٨)، والبيهقى (٦/ ٩١) كتاب: العارية، باب: من قال: لا يغرم. من طريق عمرو بن عبد الجبار عن عبيدة بن حسان عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده عن النبى ﷺ قال: «ليس على المستعير غير المغل ضمان، ولا على المستودع غير المغل ضمان» .

قال الدارقطنى: عمرو وعبيدة ضعيفان، وإنما يروى عن شريح القاضى غير مرفوع . ثم أخرجه عن شريح .

وأخرجه البيهقى (٦/ ٩١) كتاب: العارية، باب: من قال: لا يغرم، عن شريح من قوله.

وقال: هذا هو المحفوظ عن شريح القاضى من قوله، ورواه عمرو بن عبد الجبار عن عبيدة بن حسان مرفوعًا .

ضمنها المودَع عنده امتنع الناس من قبولها، وفى ذلك تعطيل لمصالح الناس فاشتراط الضمان على الأمين باطل، وهو خلاف ما عليه التأمين؛ فلا وجه لقياسه على الوديعة.

٤ - إن ضمان الوديعة حتى فى الصورة التى بأجر إنما يكون فى بعض الحالات لا فى جميعها، فإن هلكت بما لا يمكن التحرز منه فلا تضمن، أما التأمين فإن الشركة المؤمنة تضمن فى جميع الأحوال، سواء هلك الشىء المؤمن عليه بما لا يمكن التحرز منه أو لا. والمودع عنده لا يضمن إلا إذا تعدى أو فرط أو أهمل فى حفظ الوديعة أو صيانتها، ومعلوم أن الشىء المودع يكون فى حيازة المودع عنده وإلا لما ضمن.

أما شركة التأمين فلا شىء مما تعاقدت على ضمانه فى حيازتها بل هو فى حيازة مالكه والمتصرف فيه، وشركة التأمين لا تملك إلا الأقساط التى يدفعها المستأمن؛ فشتان ما بين الوديعة والتأمين.

فإن قيل: قد تكون شركة التأمين هى نفسها الناقلة والمباشرة على نقل ما تعاقدت عليه من بضاعة؛ فتكون بذلك حائزة للشىء المؤمَّن عليه.

قلنا: تكون إذن أجيرًا مشتركًا وقد أخذت أجرة على الحمل والنقل فلا تضمن شيئًا إلا بالتعدى؛ لأن الأجير المشترك لا يضمن إلا بالتعدى ونحوه.

وأيضًا دخل هذا فيما لا يمكن الاحتراز منه وهو مما لا يجوز ضمانه إجماعًا كالموت والغرق ونحوهما.

٥ - إذا تصرف المودع عنده فى مال الوديعة بتجارة مثلا وربحت هذه التجارة، فإن الأصل والربح يكون من حق صاحب الوديعة، وإن كان هناك من الفقهاء من يقول: إن البيع الواقع فى هذه الحالة يكون فاسدًا.

وشركة التأمين لا تعيد أرباح هذه الأقساط التى تأخذها من المستأمن له.

وأيضًا، وبناء على ما ذهب إليه بعض الفقهاء فإن جميع مبايعات شركات التأمين تكون فاسدة؛ لأن رأس مالها الذى تتجر به هو مجموع أقساط المستأمنين[1].

الرابع - عقد السلم وصلته بالتأمين:

استدل القائلون بمشروعية التأمين بقياسه على السَّلم؛ حيث أجاز الشارع السَّلَم

---

(١) ينظر: د/ شوكت عليان ص (٨٧، ٨٨).

لحاجة الناس إليه، مع أن القياس يأباه؛ لما فيه من جهالة إذ هو بيع معدوم، والتأمين مما تدعو إليه الحاجة فيجوز قياسًا على السلم، مع التجاوز عن بعض الأضرار التى قد تَرِدُ فى عقد التأمين؛ وذلك تحقيقًا للمصلحة الراجحة[١] .

هذا هو مجمل ما استدلوا به لدعواهم، ولكن هذا غير مسلم لهم؛ لما يلى:

١ - المصلحة التى اعتبرها الشارع فى السلم هى الحاجة الضرورية للإنسان، كأن يضطر بعض أصحاب المزارع إلى استلاف بعض الأموال ليشتروا بها بعض ما يلزم للزراعة، أو يستلف تاجر بعض الأموال لنقل بضاعته من بلدة كذا إلى بلدة كذا حيث السوق فيها أفضل.

أما التأمين فالمصلحة فيه على خلاف ذلك، فهى عملية كسب محض لأحد المتعاقدين؛ فلا ضرورة فى التأمين إذن، وعليه فالفرق بينهما من حيث المصلحة واضح؛ فلا قياس مع مخالفة المقيس للمقيس عليه.

٢ - إن أركان السلم وشروطه التى اعتبرها الفقهاء - على نحو ما مَرَّ - لا تتوافر فى عقد التأمين حتى يمكن قياسه على السلم.

٣ - رخص الشارع السلم فى مواضع ونهى عنه فى مواضع، وهل التأمين يشبه السلم فى المواضع التى رخص الشارع فيها، أم فى المواضع التى نهى الشارع عنها، أم يشبهه فى حالتيه؟ فإذا كان يشبهه فى الحالة الأولى فإن أركانه وشروطه تختلف عن أركان وشروط السلم كما هى عند الفقهاء.

٤ - ورد تعريف السلم عند الفقهاء بلفظ البيع كما أن شروط البيع تنطبق عليه؛ فهو إذن عملية بيع وشراء بين من يملك الثمن ومن له التصرف فى المبيع عند حلول الأجل.

فهل التأمين يعتبر بيعًا أم شراء؟ وإذا كان بيعًا أو شراء فهل حياة الإنسان مثلا مما يباع ويشترى؟ الواقع أن التأمين بعيد كل البعد عن السلم وخصوصًا إذا راعينا شروطه كما ذكرها الفقهاء، وعلى ذلك فلا يصح قياس التأمين على السلم، وإذا كان الأمر كذلك فلا وجه لما ذهب إليه المبيحون للتأمين[٢] .

---

(١) ينظر: السابق ص (٩٠) .

(٢) ينظر: السابق ص (٩٨، ٩٩) .

الخامس - عقد المضاربة وصلته بالتأمين

المضاربة أو القراض أو المعاملة من أنواع الشركات، ومعناها اصطلاحًا: أن يدفع المالك إلى العامل مالا ليتجر فيه ويكون الربح مشتركًا بينهما بحسب ما شرطًا، وأما الخسارة فهى على رب المال وحده، ولا يتحمل العامل المضارب من الخسران شيئًا وإنما يخسر عمله وجهده.

ومعنى المضاربة بناء على هذا التعريف: أنها عقد يتفق طرفاه على أن يدفع أحدهما مالا للآخر ليتجر فيه والربح والخسارة بينهما - مع مراعاة أن خسارة رب المال مالية وخسارة العامل هى عمله - ؛ فهى نوع من الشركة تكون فيه حصة أحد الشركاء رأس المال بينما حصة الآخر هى العمل[١] .

ويرى المبيحون للتأمين أن التأمين فيه نفع مشترك بين الشركة المؤمنة والمستأمنين، والمضاربة فيها نفع مشترك كذلك بين صاحب المال والمضارب، والمضاربة مشروعة فى الإسلام؛ فكذلك التأمين يكون مشروعًا لوجود السبب بين المعاملتين، فالنفع فى المضاربة مشترك بين العامل وصاحب المال، والنفع فى التأمين مشترك بين المؤمن والمؤمن له[٢] .

ويرد على قياسهم هذا بعض الأمور نوجزها فى النقاط التالية:

١ - إن المضاربة تقوم على تبادل المنافع والتعاون وتهيئة فرص الحياة الكريمة للعاملين، فهذا يقدم مالا وذاك يقدم جهدًا عن طريق استثمار هذا المال على أن يبقى هذا المال ملكًا لصاحبه.

وأما فى التأمين فإن ما يدفعه المستأمن للشركة المؤمنة يصير ملكًا لها تستغله فيما يعود عليها وحدها بالنفع؛ إذن فهناك تباين بين التأمين والمضاربة.

٢ - إن صاحب المال يتحمل وحده الخسارة فى المضاربة، وذلك فيما إذا لم يحصل تعدٍّ أو تفريط وإهمال من المضارب.

أما فى التأمين فلا تقاسم الشركة المؤمنة المستأمن شيئًا فى الربح وإنما تنفرد به، كما لا يتحمل المستأمن شيئًا فيما إذا خسرت الشركة المؤمنة.

---

(١) ينظر: د/ عبد الله مبروك ص (٢٦٣) .
(٢) ينظر: د/ شوكت عليان (١٠٠) .

٣ - إن الربح فى المضاربة نسبى وأما فى التأمين فمحدَّد؛ وإن كان بعض المحدثين قد خالف الفقهاء فى اعتبار الربح نسبيًا فى المضاربة، وذهب إلى أن تحديد الربح وتعيينه فى المضاربة فيه نفع للعامل ولصاحب المال، وعليه فيكون - على حد قولهم - تحديد الربح وتعيينه أمرًا جائزًا ومقبولًا شرعًا، ورأى كهذا يخالف إجماع الفقهاء لا اعتداد به ولا قيمة له لدى العقلاء.

٤ - إن المضاربة لا تكون إلا فى السبل المشروعة، بينما نجد شركة التأمين تستغل ما تجمع لديها من أقساط فى طرق مشروعة وغير مشروعة، كالإقراض بفائدة.

٥ - فى المضاربة يكون المال من صاحبه والعمل من المضارب أى الطرف الثانى والربح على حسب الاتفاق فيما بينهما، ولا كذلك فى عقد التأمين؛ إذ المال كله يئول إلى المضارب.

٦ - هناك اختلاف كبير بين التأمين والمضاربة من حيث أركان وشروط كل منهما حسبما قدمنا لك[1] .

السادس - عقد الجعالة وصلته بالتأمين:

ذهب رأى إلى قياس التأمين على الجعالة، على أساس أن الجعالة يلتزم فيها شخص بدفع مال لمن يقوم له بعمل: كالعثور على شىء ضائع منه، وفى التأمين يلتزم المؤمن بأن يدفع للمؤمن له مبلغ التأمين، إذا قام بعمل هو دفع الأقساط[2] .

والحقيقة أنه بعد استقراء ما كتبه فقهاء الشريعة الإسلامية فى الجعالة تبيَّن لنا أن هناك فروقًا كثيرة بين التأمين الذى تحدث عنه فقهاء القانون، وبين الجعالة التى تحدث عنها فقهاء الشريعة، وأهم هذه الفروق ما يلى:

١ - إن ما يدفعه المستأمن من أقساط مقابل التزام الشركة المؤمنة بالضمان ليس من قبيل الجُعْل، وليس ما تقوم به الشركة المؤمنة عملا، ومعلوم أن العمل شرط فى الجعالة. وفى التأمين يعود النفع على المؤمن ويستفيد به ولو قبل تمام دفع الأقساط كلها.

---

(١) ينظر: السابق ص (١٠٥، ١٠٦) .

(٢) ينظر: المعاملات الحديثة وأحكامها للشيخ عبد الرحمن عيسى ص (١٢)، وعقد التأمين للدكتور عبد الله مبروك ص (٢٧٤) والتأمين فى الشريعة والقانون ص (١١٠) .

٢ - إن من شروط الجعالة عدم تحديد الزمن للمجعّول له، وفى التأمين يشترط تحديد الزمن لدفع الأقساط.

٣ - إن الغرض من الجعالة الترغيب والتحبيب لمن قدم نفسه لإحضار الضالة التى عزت على صاحبها. ولا ضالة فى التأمين، كما لا ترغيب ولا تحبيب فيه كذلك؛ وإنما غرضه جمع أكبر قدر ممكن من المال طمعًا فى الثراء.

٤ - إن العقد شرعًا يقع على عين أو منفعة مثل البيع والإجارة ونحوهما. وعقد التأمين ليس كذلك؛ فهو يقع على تعهد وضمان، وهذا ليس بعين ولا منفعة(١).

مما سبق يتبين لنا أن قياس التأمين على عقود الضمان والإجارة والوديعة والسلم والمضاربة والجعالة قياس فاسد، وقياس غير دقيق، وأنه لا يصلح مستندًا لهم.

رابعًا: استدل المبيحون للتأمين ببعض الأدلة المختلف فيها كالعرف والمصالح المرسلة والتيسير الذى تفرضه الضرورة وما يتصل بها من حاجة، وتفصيل ذلك على النحو الآتى:

١ - العرف:

والعرف هو كل ما تعرفه النفس من الخير وتطمئن إليه وتأنس به(٢)، كما قال الله - تعالى -: ﴿وَصَاحِبْهُمَا فِي ٱلدُّنْيَا مَعْرُوفًا﴾ [لقمان: ١٥]، وعند الفقهاء: هو ما استقرت النفوس عليه بشهادة العقول وتلقته الطبائع السليمة بالقبول(٣).

والعرف دليل معتبر فى الشريعة الإسلامية بشروطه.

وقد استدل به المجيزون للتأمين، حيث قالوا: إن التأمين قد انتشر وعم أنحاء العالم، وأصبح عرفًا عامًا، وفى الشريعة الإسلامية ما يشير إلى جواز التعامل بكل ما تعارف عليه الناس، والتأمين قد تعارف عليه الناس؛ فيجوز التعامل به(٤).

والصحيح أن العرف لا يصلح دليلا على مشروعية التأمين؛ لأن العرف الذى يبيح

---

(١) ينظر: التأمين فى الشريعة والقانون ص (١١٤، ١١٥).
(٢) ينظر: تاج العروس (٦/ ١٩١)، ولسان العرب (١١/ ١٤١)، والقاموس المحيط (٤/ ١٧٣)، ومعجم مقاييس اللغة (٤/ ٢٨١).
(٣) ينظر: التعريفات للجرجانى ص (١٩٣).
(٤) ينظر: التأمين فى الشريعة والقانون ص ١٣٩، وعقد التأمين للدكتور عبد الله مبروك ص (٢٩٤).

أمرًا، ويخصص النص العام، هو العرف الذى جرى بين كل الناس أو بين أفراد طائفة من طوائفهم، ولا يتعارض مع نصوص الكتاب والسنة[١] .

أضف إلى هذا الفروق الكثيرة والتناقضات الكبيرة بين التأمين من جهة، والعرف من جهة أخرى، ومن هذه الفروق:

١ - إن التأمين لا يعتبر عرفًا عامًا أبدًا؛ بل هو خاص لبعض الأفراد، وخصوصًا فى التأمين على الحياة، حيث المشاهد أن قلة ضئيلة من الناس تتعامل بهذا النوع من التأمين.

٢ - إن أكثر دول العالم الإسلامى لم تتعامل بالتأمين، وما جرى عليه العمل فى بلاد غير إسلامية فليس بحجة معتبرة فى نظر الشرع الإسلامى؛ فإن كثيرًا من المعاملات والعادات التى تعارف عليها أهل تلك المجتمعات لا يبيحها الإسلام ولا يقرها، فهم مثلا تعارفوا على التعامل بالربا وأصبح شائعًا فى كل بلادهم، وعرفًا عامًا فى مجتمعاتهم.

فهل يكون عملهم بذلك وشيوعه بين أفراد مجتمعاتهم مسوغًا لنا نحن المسلمين فيحق لنا التعامل به؟ هذا ما لم يقل به عاقل.

٣ - إن فى إباحة التأمين تشجيعًا على الاستغلال واستثمار الأموال فى طرق غير مشروعة، والشارع الحكيم إنما جعل طرق الكسب من حلال لا من حرام، وما استحسنه الناس من طرق الكسب إن كان مما يخالف نصوص الشريعة وقواعدها العامة فهو مرفوض وغير مقبول ولا يجوز العمل به، وإن كان لا يخالف نصوص الشريعة ولا قواعدها العامة فهو مقبول ويجوز العمل به، والتأمين قد خالف كثيرًا من أصول الشريعة الإسلامية وقواعدها[٢] .

وبذلك لا يصلح العرف دليلا على صحة عقد التأمين.

٢ - المصلحة واعتبارها فى التأمين:

المصلحة: هى الوصف الذى يكون فى ترتيب الحكم عليه جلب منفعة للناس، أو درء مفسدة عنهم.

---

(١) ينظر: د/ عبد الله مبروك ص ٢٩٥ .

(٢) ينظر: التأمين فى الشريعة والقانون ص (١٤١ - ١٤٢)، وعقد التأمين للدكتور عبد الله مبروك ص (٢٩٥) وما بعدها .

واعتمد القائلون بمشروعية التأمين على ما فيه من مصلحة، والمصلحة معتبرة فى الشريعة الإسلامية؛ فيكون التأمين معتبرًا كذلك[(١)] .

والحقيقة أن الاستدلال بالمصلحة المرسلة غير صحيح؛ لأنه يشترط فى المصلحة ألا تنافى أصلا ولا دليلا فى الشرع، أى لا تخالف نصًّا فى قرآن أو سنة، وأن تتلاءم مع مقاصده، وأن تكون فيما عقل وجرى على سنن المناسبات المعقولة، وأن تحفظ إحدى الضرورات الخمس، وهى النفس والمال والعرض والعقل والدين، أو ترفع حرجًا لازمًا، كما يشترط فى المصلحة المرسلة: ألا يكون العمل بها مناقضًا لحكم مقرر فى القرآن أو السنة أو الإجماع أو القياس، والتأمين بأوضاعه الحالية لا يخلو من الغرر والقمار والمراهنة والربا، كما لا يخلو من الشروط الفاسدة[(٢)] .

ومن ثم لا يصلح الاستدلال بجواز التأمين بناء على وجود المصلحة فيه.

٣ - الضرورة:

الضرورة - لغة -: الحاجة، وهى مشتقة من الضرر وهو النازل مما لا مدفع له[(٣)] .

والضرورة - اصطلاحًا -: هى ما يترتب على تركها هلاك نفس أو عضو من أعضاء الجسم.

وقد أخذ القائلون بجواز التأمين بمبدأ الضرورة من منطلق أنه أصبح ضرورة من ضرورات المجتمع المعاصر؛ حيث ازدادت المخاطر، نتيجة التقدم التكنولوجى وبطش الآلات الحديثة بالإنسان، وفساد الأخلاقيات التى ازدادت بسببها كثرة التعديات على الحقوق، وفقد التعاون بين الناس، ولم يعد هناك تكافل اجتماعى، ففى ظل هذه الظروف احتاج الإنسان إلى ما يبث فى نفسه الطمأنينة؛ فكان التأمين

---

(١) ينظر: التأمين للشيخ على الخفيف (مجلة الأزهر ع ٩، ١٠) ص ٥٤٥. وعقد التأمين للدكتور عبدالله مبروك ص (٢٩٨)، والتأمين فى الشريعة والقانون للدكتور شوكت عليان ص (١٣٠) .

(٢) ينظر: عقد التأمين بين الشريعة والقانون للدكتور أحمد النجدى ص (٢٩٥)، وما بعدها، والتأمين فى الشريعة والقانون للدكتور شوكت عليان ص (١٣٣) .

(٣) ينظر: تاج العروس (٣/ ٣٤٩) .

بذلك ضرورة، ومن ثم فهو مشروع.

والاستدلال بالمصلحة على جواز التأمين ومشروعيته منقوض من أوجه:

١ - أن الضرورة - كما عرفها الفقهاء - لا تكون إلا حيث تغلق جميع الأبواب أمام الإنسان وأوشك على الهلاك فى: دينه أو نفسه أو ماله أو عرضه أو عقله، فيباح له المحظور عندئذ إذا كان فى إتيانه سبب للنجاة.

٢ - وربما يقال: إن التأمين من الأضرار - كالتأمين ضد الحريق مثلا - وإن لم يحفظ المال المؤمن عليه من الحريق، إلا أنه يحفظ أموال المستأمن من الضياع؛ لأنه إذا احترق المال المؤمن عليه، فإن المستأمن سيقبض مبلغ التأمين عوضًا عنه، وبالتالى لا تضيع عليه أمواله، غير أنه مع تسليمنا بذلك فإن التأمين لا يعد ضرورة؛ لأن الضرورة يتعين لها شيء واحد سبيلا للإنقاذ، وهناك بدائل كثيرة له: كوسائل الأمن الصناعى، ومصارف الزكاة، خاصة مصرف الغارمين، والتأمين التعاونى[١].

٣ - إن من أنواع التأمين - كما هو معروف -: التأمين ضد أخطار السكر والانتحار والإهمال، والتأمين على الحياة لصالح الخليلة، حيث قضت محاكم فرنسا بأن الإهمال وعدم الاحتياط وعدم مراعاة اللوائح تدخل فى الأخطار التى يغطيها التأمين.

فهل فى هذه التأمينات ما يحقق الأمان والاطمئنان؟ أليس العكس هو الصحيح، فالتأمين على الخليلة إيحاء بمشروعيته وهو محَرَّم بالكتاب والسنة.

٤ - إذا كان التأمين ضرورة كما يقول دعاته فمعنى ذلك أنه يحرِّم على الأغنياء أفرادًا كانوا أم من الحكومات التعامل بالتأمين؛ إذ لا ضرورة تبيح لهم التأمين لأنهم ليسوا بحاجة إلى مزيد من الكسب المادى[٢].

فالضرورة بهذا المعنى غير متوفرة فى عقد التأمين؛ حيث إنه لا يندرج تحت حال من أحوالها، ومن ثم لا تصِحّ دليلا على مشروعيته وجوازه.

خامسًا: ومن أبرز الأدلة التى يستند إليها المجوزون للتأمين ويتفقون عليها هو التعاون، حتى إن بعضهم صور التأمين على أنه ليس إلا انضمامًا إلى اتفاق تعاونى،

---

(١) ينظر: عقد التأمين للدكتور عبد الله مبروك ص (٣٠٣).
(٢) ينظر: التأمين فى الشريعة والقانون للدكتور شوكت عليان ص (١٣٦، ١٣٧).

أو أنه ليس إلاّ تعاونًا منظمًا دقيقًا، وأنه يحقق الصورة المثلى للتعاون على البر والتقوى الذى أمر به الإسلام فى قوله تعالى: ﴿وَتَعَاوَنُوا۟ عَلَى ٱلْبِرِّ وَٱلتَّقْوَىٰ﴾ [المائدة: ٢].

يقول الأستاذ مصطفى الزرقا: «إن الأسس الفنية للتأمين تستند كلها إلى محور واحد، وتدور عليه وهو تحقيق التضامن بين جماعة من الناس تتهددها مخاطر واحدة، وهذا التضامن تختلف درجة ظهوره بحسب شكل التأمين»[١] .

ويقول الدكتور عبد الرزاق السنهورى: «التأمين ليس إلا تعاونًا منظمًا تنظيمًا دقيقًا بين عدد كبير من الناس معرضين جميعًا لخطر واحد»[٢] فالتأمين عندهم يقوم على مبدأ التعاون، وهو يحقق فوائد كبيرة فى مجال الاقتصاد العام للمجتمع، وفى مجال الإصلاح الاجتماعى، وفى التأمين على الحياة وبالنظر إلى مفهوم التعاون فى الإسلام نجده يختلف اختلافًا كبيرًا عن مفهوم التأمين، وأن التعاون فى الإسلام أشمل وأكرم من هذا المفهوم الذى ذهب إليه المبيحون للتأمين، ويتضح ذلك مما يلى:

١ - إن الصيغة العملية التى شرعها الإسلام للتعاون وبذل التضحيات، هى عقود التبرع التى لا يقصد المتعاون والمضحى فيها عوضًا ماليًا مقابلا لما بذل، وذلك مثل الصدقة والهبة ونحوهما. وعقد التأمين الذى تبرمه الشركة المؤمنة مع المستأمن ليس مقصودًا به التعاون وبذل الإحسان، بل مقصود به الحصول على الربح والكسب؛ إذ هو عقد معاوضة لا تبرع.

٢ - ما قاله المبيحون من وجود علاقة تعاونية بين الشركة المؤمِّنة والمستأمنين فى مجموعهم، أو بين هؤلاء المستأمنين أنفسهم، وأن هذه العلاقة لا غرر فيها - فهذا غير مسلَّم لهم؛ فليس هناك اتفاق يتم بين الشركة المؤمِّنة ومجموعة المستأمنين على التعاون وبذل الإحسان، فهذا كله محض افتراض وتقدير لا وجود له فى الواقع العملى، والعقد الوحيد الموجود هو عقد التأمين الذى يتم بين الشركة المؤمنة من جهة، والمستأمن المعيَّن من جهة أخرى، وبموجب هذا العقد تنشأ العلاقة وتترتب عليه حقوق والتزامات بين الشركة المؤمِّنة وهذا المستأمن المعيَّن.

---

(١) ينظر: عقد التأمين وموقف الشريعة منه (بحث مقدم لأسبوع الفقه الإسلامى بدمشق ١٣٨٠هـ) ص (٣٩٥) .

(٢) ينظر: الوسيط فى شرح القانون المصرى (٧:٢) ص ٨٧ .

ومنه يعلم أنه لم يقم عقد التأمين إلا بين مؤمِّن ومستأمن، وأنه لم يقع بين مجموعة مستأمنين اتحدت إرادتهم واتفقوا على البذل والتعاون كما يقول المبيحون.

كما يعلم أنه لا علاقة بين مجموعة الأفراد المستأمنين؛ إذ لا يعرف بعضهم بعضًا، فمتى وكيف اجتمعوا واتفقوا فيما بينهم على البذل؟!

وأيضًا فإن الشركة المؤمِّنة تتعهد بدفع مبلغ التأمين للمستأمن عند وقوع الخطر المؤمن منه فى مقابل تعهد المستأمن بدفع الأقساط، فالتعاون وقصد التبرع لا أصل لهما فى عقد التأمين لا لفظًا ولا معنى.

٣ - التأمين يقوم أساسًا على النظام الرأسمالى، وجميع الأنظمة الرأسمالية ليس من رسالتها التعاون، وليس هو من أهدافها، وكل ما تسعى إليه اكتناز الأموال رغبة فى الثراء ولو كان ذلك بسيطرة واستغلال.

يؤكد ذلك ما تنبه إليه بعض المسئولين فى الدول من وضع تشريعات تحد من انطلاق هؤلاء الناس فى هذا المجال، وتحافظ على حقوق المستأمن باعتباره الضعيف، فهو يوقع على عقد مطبوع دون أية مناقشة تتعارض مع بنود العقد.

٤ - شركات التأمين لا تصلح أن تكون نائبًا كما يزعم المبيحون؛ ذلك أن النائب إنما يعمل لمصلحة المنوب عنه، وليس له أن يتصرف فيما تتعارض فيه مصلحته مع مصلحة المنوب عنه. والمعروف أن شركات التأمين لا تعمل إلا لحساب نفسها ولمصلحتها التى تتعارض مع مصالح المستأمن؛ فالشركة إنما تسعى للحصول على أكبر قدر من الربح، وتحاول دائمًا التخلص من تعهداتها والتزاماتها بأسباب وعلل واهية.

ثم إن المستأمن بمجرد دفعه الأقساط أو القسط الواحد تنتزع ملكيته للمال، ويصبح المالك له شركة التأمين، وهى تتصرف فيه كيفما شاءت وأنى شاءت، وليس للمستأمن حق التدخل فى ذلك، أو أدنى اعتراض على ذلك، وهذا ما نص عليه قانون التأمين.

٥ - الولاية والوصاية إنما تفرض على ناقص الأهلية، وهل المستأمنون ممن ينطبق عليهم ذلك، ثم إن الولى أو الوصى ليس له أن يتصرف إلا فيما فيه مصلحة المولى عليه.

وعقد التأمين خالٍ من كل هذه الأمور؛ فلا ينطبق على الولاية ولا على الوصاية.

٦ - عقد التأمين إن حقق ربحًا للمستأمن حقق خسارة للمؤمِّن والعكس بالعكس، وهو عقد معاوضة مالية يقوم فيه القسط مقام الثمن فى البيع، فهل فى ذلك نظام تعاونى إنسانى؟! خصوصًا وقد علمنا تدخل المسئولين فى بعض الدول لحماية الطرف الضعيف - وهو المستأمن الذى يوقع على عقد مطبوع - من الطرف القوى وهو المؤمِّن، فهذا دليل واضح على أن عقد التأمين لا يدخله التعاون بحال من الأحوال؛ إذ كيف يدور هذا العقد بين الربح والخسارة بالنسبة للطرفين ويصدق عليه فى الوقت نفسه أنه عقد تعاونى.

٧ - يقول جيرى فور: فشركة التأمين المساهمة ليست مشروعًا تعاونيًا؛ لأن الشركات المساهمة للتأمين تعمل على كسب فوائد لحملة أسهمها، ولأن شركات التأمين المساهمة ليست ملكًا لمن يديرون سياستها، والذى يميز العمل أو المشروع بأنه تعاونى هو أن يكون الغرض من وجوده مواجهة حاجة جماعة من الناس بأقل تكلفة عملية اقتصادية ممكنة، وبالشكل والجودة اللذين تريدهما تلك الجماعة، وعلى أن يكونوا هم أصحابه دون سواهم، وعلى هذا فكل مشروع يهدف إلى توفير الربح لطائفة من الناس هم حملة أسهمه، وبيع سلع وخدمات لآخرين هم مستهلكوه - لا يعد مشروعًا تعاونيًا.

والتأمين التجارى بصفة خاصة عمل تجارى محض يقبل عليه المساهمون لزيادة أموالهم فقط، كما يقبل عليه المستأمنون؛ رغبة فى الحصول على ضمان يخفف عنهم من تلك المخاطر التى قد يتعرضون لها، ثم إنهم لا يملكون شيئًا فى الشركة المؤمِّنة، وإن الذى يملكها ويهيمن عليها المساهمون فيها لا غير، وبمرور الزمن يصبح هؤلاء المساهمون أصحاب الثروات الضخمة التى من شأنها التحكم فى مجال الحياة الاقتصادية، وخلق نوع من الاحتكار المالى فى أيدى فئة من الناس، ولا يخفى ما لهذا من مساوئ فى مختلف شئون الحياة.

فشركات التأمين بهذا الذى ذكرناه لا تُعَدُّ مشروعًا تعاونيًا؛ وإنما هى نوع من الاحتكار المالى له أضراره على الحياة الاقتصادية والاجتماعية.

٨ - وهذا عالم اقتصادى معاصر، بريطانى الجنسية، يدعى: اللورد كينز - يذهب إلى أن شركات التأمين وصناديق التوفير والمصارف ونحو ذلك من هيئات رءوس الأموال يجب أن تتملكها الدولة، ولا يجوز لفرد ولا لشركة مساهمة أن

تسيطر عليها، فالدولة فى نظره يجب أن تهيمن على وسائل الاستثمار ومن أهمها شركات التأمين، على أن توجه الاستثمارات لخدمة المجتمع وليس للربح، وفى هذا وذاك دليل على أن شركات التأمين التجارية تمثل خطرًا اقتصاديًا على الدولة؛ لأنها تسيطر على مدخرات وفيرة، فإذا تركت هذه المدخرات لفئة لا يحركها غير الربح، فإنها تستثمرها بما تراه محققًا لمصالحها الفردية دون تقدير لظروف المجتمع وحاجياته.

ولذا فقد أخذت دول كثيرة تؤمم شركات التأمين وغيرها من المصارف؛ محافظة على اقتصادها، وخصوصًا إذا كانت تلك الدول من الدول المتخلفة اقتصاديًا.

٩ - لا يقوم التأمين التجارى على التعاون كما يقول بذلك المبيحون للتأمين، كما لا يراعى فى قوانينه تحقيق المساواة بين المؤمِّن والمستأمن؛ فقوانين شركات التأمين دائمًا فى صالح المؤمِّن لا المستأمن، هذا من ناحية.

ومن ناحية أخرى فإن هذه الشركات تحقق أرباحًا ضخمة على حساب المستأمنين، فهى تستغل أموالهم فيما يعود إليها بالنفع ولو كان ذلك عن طرق غير مشروعة.

فالتعاون الذى يُعَدُّ تبرعًا هو البذل دون قصد العوض، والمستأمن إنما يدفع الأقساط بقصد العوض والربح، وعليه فلا يصح القول بأن التأمين تعاون وتبرع؛ فهو مجرد رابطة بين المؤمن والمستأمن غايتها دفع مبلغ التأمين فى مقابل دفع الأقساط عند وقوع الحادث المؤمن منه؛ فليس فى ذلك تعاون اقتصادى أو اجتماعى يعود على المجتمع كما يزعم المبيحون للتأمين، ومن هذا الذى ذكرناه يتضح الفارق الشاسع بين التأمين والتعاون، وعليه فلا وجه للمبيحين فيما استدلوا به؛ فبطل قولهم(١).

سادسًا: تشبيه التأمين بالزكاة - سهم الغارمين - المفروضة فى الإسلام، والقول بأن كلا النظامين يعوض الخسارة المالية، وأن الفرق بينهما: أن الذين يؤدون الزكاة يؤدونها كعبادة، ولا يلحظون فيها المنفعة الذاتية، أما الذين يؤدون أقساط التأمين

---

(١) ينظر: التأمين فى الشريعة الإسلامية ص ١٤٧ وما بعدها، ونظرية التأمين التعاونى ص (٥٨١) وما بعدها.

يؤدونها متعاونين لمصلحة ذاتية ودنيوية، وأن كلاهما تعاون على الخير والبر - غير صحيح؛ فهناك فرق واضح بين الزكاة والتأمين، وقياس التأمين على الزكاة فاسد؛ إذ هي إعطاء بدون انتظار مقابل إلا من الله جل وعلا.

سابعًا: استدل القائلون بمشروعية التأمين بأن فى المعاملة التأمينية يَهَبُ المستأمن الأقساط إلى الشركة المؤمِّنة بشرط أن تلتزم بتعويضه عما قد يصيبه من أضرار. والهبة بشرط العوض جائزة شرعًا؛ فيكون التأمين جائزًا شرعًا لما فى كل من شرط العوض وهو أمر سائغ شرعًا[1].

والحقيقة أن الهبة تخالف التأمين من أوجه هى:

١ - إن المستأمن يهب الشركة الأقساط ويلزمها مقابل ذلك بدفع العوض والفقهاء يقولون: إذا وهب الواهب شيئًا وألزم الموهوب له بدفع قيمة الهبة، يكون ذلك بيعًا، وهذا البيع مجهول الثمن، وما كان كذلك فهو من بيوع الغرر التى لا تجوز.

٢ - الهبة عنوان المحبة والإخاء، ومظهر من مظاهر التعاون والتآلف بين القلوب المتنافرة، فمقصودها المعروف والإحسان.

أما التأمين فمقصوده جمع المال طمعًا فى الثراء، فالمصلحة والفائدة إنما تعود لأصحاب الشركة المؤمِّنة فى الغالب.

٣ - إنه لا مماثلة بين القسط الذى يدفعه المستأمن ومبلغ التأمين؛ مما يجعل المماثلة بين التأمين والهبة مستبعدًا للفرق الكبير بين العوض والمعوض.

٤ - الهبة بعوض معلوم أنها إنما أجيزت؛ لاعتبارها بيعًا على الصحيح نظرًا إلى المعنى. وتكون هبة نظرًا إلى اللفظ، ولا يلزم القبض فى المجلس حينئذ.

أما إذا وهب بشرط ثواب مجهول فالعقد باطل؛ لتعذر تصحيحه بيعًا لجهالة العوض.

أما فى التأمين فالعوض غير معلوم وقد يحصل عليه المستأمن وقد لا يحصل، وإذا كان ذلك كذلك فلا يصح حمل التأمين على الهبة[2].

---

(١) ينظر: التأمين فى الشريعة والقانون د/ شوكت عليان ص ١١٦ .
(٢) ينظر: السابق ص (١٢٣، ١٢٤) .

ثامنًا: استدل القائلون بمشروعية التأمين بالقياس على الوعد الملزم عند فقهاء المالكية ومن نحا نحوهم؛ حيث قالوا: من وعد غيره بعدة لزمه الوفاء بها. وإذا كان ذلك كذلك فاعتبار التأمين من قبيل الوعد الملزم عند المالكية أمر مشروع بل ويجب الوفاء به[(١)] .

وبالرجوع إلى ما كتبه فقهاء الشريعة الإسلامية فى الوعد عمومًا تبين أن جمهور الفقهاء لا يلزمون بالعدة شيئًا؛ خصوصًا وقد فهم بعض الفقهاء من قوله تعالى: ﴿لِمَ تَقُولُونَ مَا لَا تَفْعَلُونَ﴾ [الصف: ٢] أى: لم تقولون ما ليس الأمر فيه إليكم فلا تدرون هل تفعلون أو لا تفعلون. فعلى هذا يكون الكلام محمولا على ظاهره فى إنكار القول.

وأيضًا على افتراض أن الوعد ملزم فى بعض صوره كما قال بذلك نفر من المالكية، فذلك يكون إذا أدخل بوعده ما فيه كلفة فيجب الوفاء حينئذ؛ لدفع الضرر الذى وقع على الموعود بسبب من قبل الواعد لأن الواعد؛ قد أضر بالموعود إذ كلفه من أجل وعده عملا أو نفقة. والموعود لولا الوعد ما أقدم على هذا العمل، وعليه فالإخلال بالوعد يترتب عليه ضرر بالموعود.

وليس الحال كذلك فى التأمين؛ فالشركة لم تكلف المستأمن القيام بعمل حتى تكون ملزمة بالضمان إذا أصابه ضرر بسبب ذلك العمل، وقد مر بنا الأسباب الموجبة للضمان ولا شىء منها متوفر فى التأمين؛ وبناء عليه فلا لزوم على شركة التأمين بشىء، وأيضًا فإن الوعد التزام من جانب واحد والتأمين من الجانبين.

ومن هذا الذى ذكرنا يتضح أن التأمين لا يشبه الوعد بحال من الأحوال، وعلى ذلك فما استدل به القائلون بمشروعية التأمين قياسًا على الوعد، لا يستقيم لهم[(٢)] .

المطلب الثالث

الرأى الثالث: القائلون بجواز بعض أنواع التأمين وتحريم بعضها

هناك فئة أحلت بعض أنواع التأمين وحرمت بعضها الآخر، ومن بين هذه الفئة بعض المجامع والمؤتمرات الإسلامية.

---

(١) ينظر: السابق ص (١٢٥) .

(٢) ينظر السابق ص (١٢٩) .

وأصحاب هذا الرأى أجازوا التأمين التعاونى، وحرموا التأمين التجارى، على أساس أن التأمين التعاونى من عقود التبرعات التى ينتفى معها الغرر والغبن وغير ذلك من أسباب التحريم.

ومن هؤلاء الذين أجازوا بعض أنواع التأمين وحرموا بعضها: الأستاذ أحمد طه السنوسى، فقد أجاز التأمين من المسئولية قياسًا على عقد الموالاة، والأستاذ محمد بن الحسن الحجوى الثعالبى أجاز التأمين على الأموال، ولم يجزالتأمين على الأنفس؛ لعدم الحاجة، والدكتور تقى الدين هلال ذهب إلى أن عقد التأمين على الحياة عقد فاسد، وأجاز بعض أنواع التأمين الأخرى، وقال: إن كل عقد تأمين تحقق فيه الربا فهو حرام. والسيد رامز مالك أمين الإفتاء بطرابلس لبنان حرم التأمين على الحياة، وأجاز التأمين على الأشياء ومن المسئولية، ودعا إلى أن تحل الدول الإسلامية محل شركات التأمين ليكون تأمينها نقيًا، والشيخ محمد مبروك خبير لجنة مجمع البحوث الإسلامية المالكى، حرم التأمين على الحياة وأجاز التأمين على الأضرار، والشيخ محمد أحمد فرج السنهورى عضو مجمع البحوث الإسلامية أباح أنواع التأمين عدا التأمين على الحياة، والشيخ محمد أبو زهرة، أجاز التأمين التعاونى[١] . . . إلخ.

والذى يمكن قوله: أن كثيرًا من الكاتبين يذهبون إلى جواز التأمين التعاونى وحرمة التأمين التجارى.

وتنقسم هذه الفئة من الباحثين إلى مجموعتين. المجموعة الأولى نظرت إلى التأمين الوضعى من حيث تقسيمه الموضوعى إلى تأمين أشخاص أو حياة، وتأمين أضرار أو أشياء مسئولة، والمجموعة الثانية نظرت إلى التأمين من حيث تقسيمه الشكلى إلى تأمين تجارى وتأمين اجتماعى وتأمين تبادلى.

فالذين نظروا فى التأمين من الناحية الموضوعية اختلفت أحكامهم، فمنهم من أباح التأمين من المسئولية قياسًا على عقد الموالاة[٢] ، ومنهم من أباح التأمين قياسًا

---

(١) ينظر فى هذا: نظرية التأمين التعاونى للدكتور رجب عبد التواب ص (٥٨٣) وما بعدها .

(٢) عقد الموالاة: هو ثبوت حكم شرعى بعتق أو تعاطى سببه، كأن يتعاقد شخصان على أن يعقل أحدهما، وهى مولى الموالاة عن الآخر، وهو المعقول عنه إذا جنى أن يدفع الدية فى مقابل ميراثه منه إذا توفى دون أن يخلف وارثًا .

=

على عقد المضاربة[١] ، ومنهم من حرم التأمين على الحياة؛ للربا[٢] وعدم الشبه بالمضاربة، ومنهم من أباح التأمين على الأموال أو على الأشياء ومن المسئولية وحرم التأمين على الأنفس أو تأمين الحياة أو أعضاء البدن.

ولا تخرج أدلة المجيزين لبعض أنواع التأمين عن أدلة المجيزين للتأمين بإطلاقه، كما لا تخرج أدلة المحرمين لبعض أنواع التأمين عن أدلة المحرمين للتأمين بإطلاقه، ومن ثم نكتفى بما أوردناه فى المطلبين السابقين.

= وعقد الولاء باطل عند الجمهور جائز عند الحنفية، ومع هذا فقد رأى بعض الباحثين فى التأمين أنه يقاس عليه التأمين ضد المسئولية، ومن ثم جوزوا هذا النوع من التأمين بناءً على جواز عقد الموالاة عندهم. وقال الدكتور عبد الله مبروك: والصحيح أن قياس عقد التأمين على عقد الموالاة قياس باطل؛ وذلك لما يلى:

أولاً: ولاء الموالاة عقد يقصد به النصرة، وبه يدخل من أسلم فى أسرة العربى المسلم، بينما التأمين عقد يقصد به الربح، ويظل المؤمن له عميلاً للمؤمن لا شريكًا له .

ثانيًا: ولاء الموالاة عقد يقوم على التعاون بين طرفيه، بينما التعاون فى التأمين التجارى مجرد وهم، لا أساس له من الحقيقة، ومن يزعم أن فى التأمين تعاونًا لا يفترضه إلا بين مجموع المستأمنين، وهم ليسوا بأطراف فى العقد، أما العلاقة بين المؤمن والمؤمن له، فإن القائلين بالتعاون فى التأمين لا يفترضونه بينهم، مع أنهم أطراف العقد، الذين يجب أن يكون مبنى الحكم على التأمين نابعًا من علاقتهم التعاقدية دون غيرهم .

ثالثًا: ولاء الموالاة عقد تبرع فى الأصل؛ لأن دفع الدية للتناصر لا عوضًا عن الميراث، وميراث العربى لغير العربى، بسبب موت العربى دون وارث لا بسبب دفع الدية، بينما التأمين عقد معاوضة؛ لأن دفع الأقساط سببه التزام المؤمن بدفع مبلغ التأمين، والعكس صحيح .

رابعًا: وإذا كان عقد ولاء الموالاة تبرعًا، وهو من قبيل هبة الثواب عند من أجازها، فإنه لا يؤثر فيه الجهالة، كما لا يؤثر فيه المخاطرة، بينما الجهالة والمخاطرة تؤثران فى التأمين لأنه عقد معاوضة .

خامسًا: يتضمن التأمين من المسئولية عادة شروطًا فاسدة، كشرط عدم اعتراف المؤمن له بالمسئولية، وشرط دفع فائدة ربوية للأقساط عند التأخر فى دفعها .

بينما لا يتضمن عقد الموالاة شيئًا من هذه الشروط؛ فالعربى لا يمنع غير العربى من الاعتراف بالمسئولية إذا جنى، ولا يحصل منه على فوائد ربوية .

سادسًا: التوريث بالموالاة تشريع استثنائى لأسباب خاصة استدعته، وكل استثناء لا يقاس عليه، ولا يجوز التوسع فيه .

ينظر: عقد التأمين، د/ عبد الله مبروك ص (٢٨٣ - ٢٨٥) .

(١) سبق الحديث عن عقد المضاربة وصلته بالتأمين، فليراجع .

(٢) سبق بيان أن التأمين له صلة بالربا، فليراجع .

هذا عن الذين نظروا إلى التأمين نظرة موضوعية، أما الذين نظروا إلى التأمين من الناحية الشكلية فقد انتهوا إلى تحريم التأمين التجارى بجميع أنواعه، وإجازة التأمين التعاونى (التبادلى منه، والاجتماعى)، وتمثل هذه الفئة الكثرة، ولرأيها أهميته وله وزنه وثقله؛ حيث تضم معظم المؤتمرات والمجامع الفقهية.

وقد استند القائلون بتحريم التأمين التجارى إلى ما فيه من الاحتمال والمخاطرة والقمار والربا، وأنه عقد صرف، ولا تدعو إليه ضرورة اقتصادية، ولا يلحق بعقد المضاربة أو الكفالة، ولا شبه بينه وبين الوعد الملزم ونظام العواقل ونظام التقاعد وعقد الموالاة، ولا أى عقد من العقود الصحيحة المعروفة، ولما فيه من غرر فاحش؛ فإنه يتضمن الغرر فى الوجود وفى الحصول وفى المقدار وفى الأجل، وإن اللجوء إلى مجموع العقود للتهرب من حقيقة الغرر الكثير حيلة غير مقبولة؛ لأنه محاولة لتجاهل أو تغطية أمر حقيقى فى العقد... ولأنه عقد معاوضة وليس عقد تعاون وتبرع، وفكرة التعاون فيه تستند إلى افتراض المعدوم موجودًا، فالشركة تهدف إلى استغلال الأموال لتحقيق الربح، ولا يوجد اتفاق تعاونى سابق، ولا توجد نية تبرع، ولا يفكر المستأمنون فى التعاون، فضلا عن منافاته لروح التعاون بما تفرضه الشركات من شروط قاسية، كالبطلان والوقف والفسخ والسقوط، فالتأمين التجارى لا يقوم على التعاون؛ لأنه يناقض مفهوم التعاون[١] .

وقد أجازت هذه المجموعة التأمين التعاونى بنوعيه: التبادلى والاجتماعى:

أولا - التأمين التبادلى:

تكاد كلمة الكاتبين تتفق على جواز التأمين التبادلى الذى تقوم به جمعيات، أو مجموعة من الأفراد على تعويض الأضرار التى قد تلحق بعضهم، وهو تعاون على البر، كما أنه تبرع فى الأصل، ولما كان كذلك فإنه لا تفسده الجهالة الفاحشة فى تحديد مبلغ التأمين، كما لا يفسده الغرر فى استحقاق مبلغ التأمين، ولا تعتبر زيادة مبلغ التأمين فيه عن الأقساط ربا؛ لأن هذه الزيادة ليست فى مقابل الأجل، وإنما هى تبرع لتعويض أضرار الخطر المؤمن منه؛ ولهذا لم يرد لفقيه من فقهاء الشريعة الإسلامية ما يحرم هذا النوع من التأمين، بل إن بعض الفقهاء قد دعا إلى العمل به.

---

(١) كل هذه الأمور تعرضنا لها فيما سبق، فلتراجع فى مواضعها .

وواضح من بيان طبيعة التأمين الذى تمارسه جمعيات التأمين التبادلى، أن هذا النوع من التأمين لا يقصد به المعاوضة، وإنما هو اتفاق تعاونى بقصد التضامن بين جماعة من الناس يتعرضون لأخطار من نوع واحد فى معاونة من تعرض منهم للخطر على تفادى آثاره بدفع مبلغ مما تعاون الجميع فى جمعه يكفى لجبر ما لحقه من ضرر هذا الخطر.

وقد قرر المؤتمر الثانى لمجمع البحوث الإسلامية بشأن هذا النوع من التأمين ما يلى: «التأمين الذى تقوم به جمعيات تعاونية يشترك فيها جميع المستأمنين لتؤدى لأعضائها ما يحتاجون إليه من معونات وخدمات - أمر مشروع وهو من التعاون على البر والتقوى[1].

أضف إلى هذا أن هذا النوع من التأمين له مستند شرعى من الكتاب والسنة والقياس.

فمن الكتاب قول الله - تعالى -: ﴿وَتَعَاوَنُوا۟ عَلَى ٱلْبِرِّ وَٱلتَّقْوَىٰ ۖ وَلَا تَعَاوَنُوا۟ عَلَى ٱلْإِثْمِ وَٱلْعُدْوَٰنِ ۚ﴾ [المائدة: ٢]؛ حيث أمر الله - تعالى - بالتعاون على البر والتقوى ونهى عن التعاون على الإثم والعدوان.

ومن البر أن يتعاون الناس على دفع الأخطار التى يمكن أن تهدد حياتهم، على نحو ما هو حاصل فى التأمين التبادلى أو التعاونى، ومن مظاهر تقوى الله فى التعاون: أن يخلو من كل ما يعد خروجًا على ما يقتضيه حكمه، وليس فى التأمين التبادلى - وفق ما قرر الباحثون - خروج على ما تقتضيه الأحكام الشرعية، وإن كان لا يخلو من غرر، إلا أن القدر الموجود فيه منه معفو عنه، لقيامه على التضامن والتعاون واتخاذه شكل التبرع[2].

ومن السنة النبوية: ما رواه البخارى عن النعمان بن بشير أن رسول الله ﷺ قال: «مثل المؤمنين فى توادهم وتراحمهم وتعاطفهم كمثل الجسد الواحد إذا اشتكى منه عضو تداعى له سائر الأعضاء بالسهر والحمى»[3].

---

(١) ينظر عقد التأمين ص (٩٣ - ٩٥).

(٢) ينظر السابق ص (٩٦).

(٣) أخرجه البخارى (١٠/ ٤٥٢) فى الأدب، باب رحمة الناس والبهائم (٦٠١١)، ومسلم (٤/ ١٩٩٩) فى البر والصلة، باب تراحم المؤمنين وتعاطفهم وتعاضدهم (٦٦، ٦٧/ ٢٥٨٦)، =

وبما رواه أبو هريرة - رضى الله عنه - قال: قال رسول الله ﷺ: «مَنْ نَفَّسَ عن مؤمن كربة، من كرب الدنيا، نفس الله عنه كربة من كرب يوم القيامة، والله فى عون العبد ما كان العبد فى عون أخيه»[1] .

وبما روى عن أبى سعيد الخدرى عن النبى ﷺ أنه قال: «من كان له فضل ظهر، فليعد به على من لا ظهر له، ومن كان له فضل زاد فليعد به على من لا زاد له» قال: فذكر من أصناف المال ما ذكر حتى رأينا أنه لا حق لأحد منا فى فضل»[2] .

= وأحمد (٤/ ٢٧٠)، وابن المبارك فى الزهد ص (٢٥١) برقم (٧٢٢)، والحميدى فى مسنده (٩١٩)، والبيهقى (٣/ ٣٥٣) فى صلاة الاستسقاء، باب استسقاء إمام الناحية المخصبة لأهل الناحية المجدبة ولجماعة المسلمين، والبغوى فى شرح السنة (٦/ ٤٥٣) فى البر والصلة، باب تعاون المؤمنين وتراحمهم (٣٣٥٣، ٣٣٥٤)، والخطيب فى التاريخ (١٢/ ٦٥) من حديث الشعبى عن النعمان بن بشير رفعه «مثل المؤمنين فى توادهم وتراحمهم وتعاطفهم مثل الجسد، إذا اشتكى منه عضو تداعى له سائر الجسد بالسهر والحمى» .

ولفظ البخارى «ترى المؤمنين . . .»

وأخرجه الطيالسى رقم (٧٩٣)، وأحمد (٤/ ٢٧٤، ٢٧٦) عن سماك بن حرب عن النعمان، به مختصرًا .

وأخرجه مسلم (٦٧ - ٢٥٨٦)، وأحمد (٤/ ٢٧٦)، وأبو نعيم فى الحلية (٤/ ١٢٦)، من طريق خيثمة عن النعمان رفعه: (المسلمون كرجل واحد، إن اشتكى عينه اشتكى كله. وإن اشتكى رأسه اشتكى كله .

(١) أخرجه مسلم (٤/ ٢٠٧٤) كتاب الذكر والدعاء: باب فضل الاجتماع على تلاوة القرآن حديث (٣٨/ ٢٦٩٩)، والترمذى (٤/ ٢٦) كتاب الحدود: باب ما جاء فى الستر على المسلم حديث (١٤٢٥)، (٤/ ٢٨٧ - ٢٨٨) كتاب البر والصلة: باب ما جاء فى السترة على المسلم حديث (١٩٣٠) وأبو داود (٢/ ٧٠٤) كتاب الأدب: باب فى المعونة للمسلم حديث (٤٩٤٦) وابن ماجه (١/ ٨٢) المقدمة: باب فضل العلماء والحث على طلب العلم حديث (٢٢٥)، وأحمد (٢/ ٢٥٢) وأبو نعيم فى الحلية (٨/ ١١٩) والبغوى فى شرح السنة (١/ ٢٢١) كلهم من طريق الأعمش عن أبى صالح عن أبى هريرة مرفوعًا .

قال النووى فى شرح مسلم (٩/ ٢٨):

ومعنى نفّس الكربة: أزالها. وفيه: فضل قضاء حوائج المسلمين، ونفعهم بما تيسر من علم أو مال أو معاونة أو إشارة بمصلحة أو نصيحة وغير ذلك، وفضل الستر على المسلمين، وقد سبق تفصيله، وفضل إنظار المعسر، وفضل المشى فى طلب العلم، ويلزم من ذلك الاشتغال بالعلم الشرعى، بشرط أن يقصد به وجه الله - تعالى -، وإن كان هذا شرطًا فى كل عبادة، لكن عادة العلماء يقيدون هذه المسألة به؛ لكونه قد يتساهل فيه بعض الناس، ويغفل عنه بعض المبتدئين ونحوهم .

(٢) أخرجه مسلم (٣/ ١٣٥٤) كتاب اللقطة، باب استحباب المواساة بفضول المال (١٨/

وفى الأحاديث دعوة إلى التعاون والتكافل؛ فلا يكون المسلم مسلمًا إلا إذا أحس بما يعانيه أخوه المسلم فيعاونه ويرفع عنه، وهذا متحقق فى التأمين التبادلى.

وأما القياس: فإن التأمين التعاونى يقوم على التبرع، ولما كان كذلك فإنه ينتفى عنه مفسدة الجهالة والغرر والغبن وشبهة الربا؛ قياسًا على عقود التبرع؛ فإن الجهالة فيها لا تفسدها كما لا يفسدها الغرر، وليس بشرط فى جواز التبرع أن يعرف المتبرع مقدار ما يتبرع به على وجه التحديد، وهذا هو معنى قول الفقهاء: إن الغرر والجهالة يغتفران فى التبرعات؛ تشجيعًا على فعل البر من جهة، ولعدم تضرر المتبرع إليه بالغرر والجهالة من جهة أخرى؛ لأنه لم يبذل عوضًا فى مقابل هذا التبرع[1] .

ثانيًا - التأمين الاجتماعى:

والتأمين الاجتماعى - كما هو معروف - هو الذى تقوم به الدولة نفسها، أو تعهد بإدارته إلى إحدى هيئاتها العامة، وهو يستهدف تأمين طبقات الشعب ضد أخطار معينة: كالمرض والعجز، والشيخوخة، وكتأمين العمل ضد البطالة.

وهذا النوع من التأمين جائز عند جميع الباحثين فى عقد التأمين، وهو عندنا كذلك؛ ذلك أن أساس المنع من التأمين هو الغرر، وهو يقتصر على عقود المعاوضات دون التبرعات، وفقًا لما إليه ذهب الإمام مالك - رضى الله عنه - ومن نحا منحاه من المجتهدين، ونظام التأمينات الاجتماعية لا يدخل فى عقود

= ١٧٢٨)، وأحمد (٣/ ٣٤) .

(١) ينظر عبد الله مبروك ص (١٠٢)، وقد قرر مجمع البحوث: أن التأمين الذى تقوم به جمعيات تعاونية يشترك فيها جميع المستأمنين لتؤدى لأعضائها ما يحتاجون إليه من معونات وخدمات، أمر مشروع وهو من التعاون على البر، كما أكد المؤتمر الثالث المنعقد بتاريخ ٢٧/ ١٠/ ١٩٦٦ أن التأمين التعاونى والاجتماعى وما يندرج تحتهما من التأمين الصحى ضد العجز والبطالة والشيخوخة وإصابات العمل وما إليها - قد قرر المؤتمر جوازها كما أوصى المؤتمر العالمى للاقتصاد الإسلامى المنعقد بمكة المكرمة سنة ١٩٧٦ ، باقتراح تأليف لجنة من ذوى الاختصاص من علماء الشريعة وعلماء الاقتصاد المسلمين؛ لاقتراح صيغة للتأمين خالية من الربا والغرر، وتحقق التعاون المنشود بدلاً من التأمين التجارى، كما وافقت هيئة الرقابة الشرعية لبنك فيصل الإسلامى السودانى على إقامة شركة للتأمين التعاونى، وجاء فى حيثيات تلك الموافقة: أن التأمين التعاونى جائز شرعًا باتفاق جميع الفقهاء، بل هو أمر مرغوب فيه؛ لأنه من قبيل التعاون على البر، راجع: د/ غريب الجمال، التأمين التجارى والبديل الإسلامى ص (٢٦٤) وما بعدها .

المعاوضات؛ فليست الدولة فى مركز المعاوضة الّذى يطلب مقابلا لما بذل، ويسعى فى تحديد هذا المقابل إلى طلب الربح الذى يتمثل فى زيادة ما يأخذ على ما يعطى، بل على العكس من ذلك، فالدولة تساهم مع العمال وأرباب الأعمال بجزء من المال العام؛ تحقيقًا لمقاصد التأمين، وهذا المال المدفوع منها أشبه بالتبرع المبذول منها بحكم ولايتها على عمالها وحرصها على مصالحهم.

وقد استدل المبيحون للتأمين الاجتماعى بأدلة منها:

١ - ما ذكره صاحب الخراج: أن عمر بن الخطاب - رضى الله عنه - مر يومًا بباب قوم وعليه سائل يسأل: فضرب عضده من خلفه وقال: من أى أهل الكتاب أنت؟ قال: يهودى، قال: فما ألجأك إلى ما أرى؟ قال: أسأل الجزية والحاجة والسن، فأخذ عمر بيده، وذهب به إلى منزله، وأعطاه شيئًا من المال ثم أرسل إلى خازن بيت المال، فقال: انظر هذا وضرباءه فوالله ما أنصفناه إن أكلنا شبيبته، ثم نخذله عند الهرم. ووضع عنه الجزية وعن ضربائه.

ومثل هذا التصرف من عمر - رضى الله عنه - يدل على أن تأمين العجزة والشيخوخة مما يجب أن تقوم به الدولة؛ لأن السلطان ولى من لا ولى له، كما يدل على أن المال المبذول من قبل الدولة فى هذا النوع من التأمين إنما هو محض تبرع.

٢ - ما روى عن ابن عمر - رضى الله عنه - أنه ﷺ قال: «كلكم راع وكلكم مسئول عن رعيته، فالأمير الذى على الناس راع وهو مسئول عنهم»[1]، حيث دل

(١) أخرجه البخارى (٥/ ٨٤) كتاب الاستقراض: باب العبد راع فى مال سيده حديث (٢٤٠٩)، (٥/ ٢١١) كتاب العتق: باب كراهية التطاول على الرقيق حديث (٢٥٥٤)، (٥/ ٢١٥) كتاب العتق: باب العبد راع فى مال سيده حديث (٢٥٥٨)، (٥/ ٤٤٤) كتاب الوصايا: باب تأويل قوله تعالى: (من بعد وصية يوصى بها أو دين) حديث (٢٧٥١)، (٩/ ١٦٣) كتاب النكاح: باب (قوا أنفسكم وأهليكم نارا) حديث (٥١٨٨)، (٩/ ٢١٠) كتاب النكاح: باب المرأة راعية فى بيت زوجها حديث (٥٢٠٠)، (١٣/ ١١٩) كتاب الأحكام: باب قول الله تعالى (أطيعوا الله . . .) حديث (٧١٣٨) ومسلم (٣/ ١٤٥٩) كتاب الإمارة: باب فضيلة الإمام حديث (٢٠/ ١٨٢٩) وأبو داود (٢/ ١٤٥) كتاب الخراج: باب ما يلزم الإمام من حق الرعية حديث (٢٩٢٨) والترمذى (١٧٠٥) وأحمد (٢/ ٥، ٥٤ - ٥٥، ١١١، ١٢١) وابن الجارود فى (المنتقى) رقم (١٠٩٤) وأبو عبيد فى كتاب الأموال (ص١٠، ١١) رقم (٣، ٤) وعبد الرزاق (١١/ ٣١٩) رقم (٢٠٦٥٠) وأبو يعلى (١٠/ ١٩٩) رقم (٥٨٣١) وابن حبان (٤٤٧٢، ٤٤٧٣، ٤٤٧٤)، والبيهقى (٧١/ ٢٩١) والبغوى فى شرح السنة (٥/ ٣١١) =

هذا الحديث على أن الإمام باعتباره ممثلا لدولة ترعى أبناءها، وتحوطهم بكل أسباب العناية - مسئول عن رعاية أبناء دولته، ومن صور تلك الرعاية: تقرير ما يكفيهم من المعاش اللازم لقيام حياتهم وحياة أبنائهم من بعدهم ومثل ذلك مما سيسأل عنه الإمام أمام الله - عز وجل - إذا هو قصر فيه، وفى هذا الحديث ما يمكن أن يدل على مشروعية التأمين الاجتماعى.

٣ - ما رواه أبو داود فى سننه أنه ﷺ قال: «من ولى لنا عملا وليس له منزل فليتخذ منزلا، أو ليس له زوجة فليتخذ زوجة، أو ليس له دابة فليتخذ دابة»[1] ، وقد دل هذا الحديث على حق العامل فى أن تكفل له الدولة ما يقوم بمؤن حياته على نحو يقدر معه على التفرغ الكامل لما يمليه واجبه الوظيفى، حتى يستطيع أن يؤدى العمل المنوط به، بذهن صاف وبال خال مما يشغله، وقد أشار الحديث الشريف إلى أمور

= والقضاعى فى (مسند الشهاب) رقم (٢٠٩) كلهم من حديث ابن عمر .

وللحديث شواهد من حديث أنس وعائشة وأبى لبابة بن عبد المنذر حديث أنس: قال: قال رسول الله ﷺ: «كلكم راع وكل مسئول عن رعيته: فالأمير راع على الناس ومسئول عن رعيته والرجل راع على أهل بيته ومسئول عن رعيته، والمرأة راعية لزوجها ومسئولة عن بيتها وولدها، والمملوك راع على مولاه ومسئول عن ماله، وكلكم راع وكلكم مسئول عن رعيته» .

ذكره الهيثمى فى مجمع الزوائد (٥/ ٢١٠) وقال: رواه الطبرانى فى الصغير والأوسط وأحد إسنادى الأوسط رجاله رجال الصحيح .

- حديث عائشة:

ذكره الهيثمى فى (مجمع الزوائد) (٥/ ٢١٠) وقال: رواه الطبرانى فى الأوسط وفيه أرطأة بن الأشعث، وهو ضعيف جدًا .

وللحديث طريق آخر أخرجه الخطيب فى (تاريخ بغداد) (٥/ ٢٧٦) من طريق النضر بن شميل عن هشام بن عروة عن أبيه عن عائشة عن النبى ﷺ قال: «كلكم راع وكلكم مسئول عن رعيته» .

- حديث أبى لبابة بن عبد المنذر:

نهى رسول الله ﷺ عن قتل الحيات التى فى البيوت وقال: «كلكم راع ومسئول عن رعيته، والرجل راع على أهله ومسئول عنهم، وامرأة الرجل راعية على بيت زوجها وهى مسئولة عنهم، وعبد الرجل راع على مال سيده وهو مسئول عنه، ألا كلكم راع وكلكم مسئول» .

قال الهيثمى فى (المجمع) (٥/ ٢١٠): لأبى لبابة فى الصحيح النهى عن قتل الحيات فقط رواه الطبرانى فى الأوسط والكبير ورجال الكبير رجال الصحيح .

(١) تقدم

من أهم ما يحتاج الإنسان إليها فى حياته: كالمنزل والزوجة والدابة أو ما يقوم مقامها من السيارات وغيرها، فمثل ذلك مما يمكن أن يدخل فى واجبات الدولة تجاه العاملين.

ولئن كان الحديث قد ذكر تلك الأشياء وهى على تلك الدرجة من الأهمية فى حياة العامل، فإن ما هو أكثر منها أهمية بالنسبة له: أن يطمئن على من يعنيه أمرهم بعد وفاته، وهم أبناؤه وزوجته، فرعايتهم وتقرير التأمين الاجتماعى الذى يكفلهم بعد مماته يكون من الأمور المشروعة.

٤ - ما روى عن عوف بن مالك أن رسول الله ﷺ كان إذا أتاه الفىء قسمه فى يومه، فأعطى الآهل حظين، وأعطى العزب حظًا[١] .

ووجه الدلالة من هذا الحديث: أن رسول الله ﷺ كان يوزع الفىء على قدر المغارم الاجتماعية، حيث كان يعطى الآهل أى المتزوج الذى يعول أهلا - ضعف ما يعطيه للعازب، وفى هذا دلالة على أن الأعباء الاجتماعية مما يجب أن تؤخذ فى الاعتبار؛ حتى يتحقق للعامل القدر المطلوب من الطمأنينة على أهله وولده فيتفرغ للعمل ويؤديه على النحو المطلوب، ولئن كان الحديث واردًا فى مجال قسمة الفىء إلا أنه يدل فى الجملة على جواز التأمين من الأعباء الاجتماعية، وتقرير الكفاية لها على الدولة.

٥ - ما رواه الزهرى عن سلمة عن جابر بن عبد الله أن رسول الله ﷺ كان يقول: «أَنا أَوْلَى بِكُلِّ مؤمن من نفسه، فأَيُّمَا رجل مات وترك دينًا فإِلىَّ، ومن ترك مالا فِلِورثتِهِ»[٢] ، وقد جاء الحديث براوية أخرى عن أبى هريرة - رضى الله عنه-: «ومن ترك مالا فلورثتِهِ، ومنْ تَرَكَ كلًا فإِلَيْنا»، والمراد بالكل هنا العيال[٣] .

ووجه الدلالة من هذا الحديث:

أنه قد دل على ما يجب أن يتقرر للذرية من رعاية تلتزم بها الدولة، يستوى فى تلك الدلالة على المطلوب ما جاء فى رواية جابر - رضى الله عنه -: «من ترك دينًا

---

(١) أخرجه أحمد (٦/ ٢٩) وأبو داود (٢/ ١٥١ - ١٥٢) كتاب الخراج والفىء باب فى قسم الفىء (٢٩٥٣) .
(٢) تقدم .
(٣) تقدم .

فإلى، ومن ترك مالا فلورثته» ؛ حيث إن تحمل الرسول ﷺ بالدين عن كاهل المتوفى مع تركه مالا يخصص كله لورثته - فيه من التوسعة على الذرية ما لا يخفى، حيث يسلم لهم مال مورثهم كله دون أن يزاحمهم الدائنون فيه، وفى ذلك من التوسعة عليهم وضمان الحياة الكريمة لهم ما لا يخفى.

وأما رواية أبى هريرة فهى واضحة الدلالة على المطلوب؛ حيث يقول فيها النبى ﷺ: «مَنْ تَرِكَ كَلًّا - أى عِيالا - فإِلَيْنا»، أى أن علينا شمول أولاد المتوفى بالرعاية التى تكفل لهم الحياة الكريمة بعد موت عائلهم، وعلى العموم فإن الحديث يدل على مشروعية تقرير نوع من التأمين يضطلع بمثل تلك الغاية.

٦ - بما رواه الطبرانى فى الأوسط عن عائشة - رضى الله عنها - عن أبى هريرة أنه ﷺ قال: «أَنَا وَكَافل الْيَتِيم له أو لغيره كَهَاتَيْن فى الجنة - وأشار بإصبعيه الوسطى والسبابة - والساعى على الأرملة والمسكين كالمجاهد فى سبيل الله»[١]، ولا يخفى ما يدل عليه هذا الحديث من مشروعية كفالة اليتيم والأرملة والمسكين، وهو ما يمكن أن يدخل تحت مظلة التأمين الاجتماعى فيكون مشروعًا بالحديث[٢].

وبعد، فقد أوضحت لنا الدراسة السابقة مدى اختلاف الفقهاء والباحثين فى الحكم على التأمين الوضعى وتباين آرائهم مما لا يرجى معه تحقق اجتهاد جماعى وإن كان تحقق الكثرة ليس ببعيد؛ حيث نجد أن الكثرة مثلت رأى الأغلبية فى القول بحرمة التأمين التجارى؛ إذ تضم القائلين بحرمة التأمين عمومًا بجميع أنواعه، والقائلين بجواز التأمين التعاونى فقط دون التجارى، إضافة إلى ذلك: آراء المجامع والمؤتمرات الفقهية، ومن تقلدوا منصب الإفتاء فى كثير من البلاد الإسلامية، يضاف إليه ما أسفرت عنه دراستنا للتأمين الوضعى من نتائج خطيرة.

وتوضح الدراسة أيضًا أن هناك من أجاز التأمين التعاونى من حيث: المبدأ، وأن هناك من أجازه من حيث تطبيقاته:

فمن حيث المبدأ يجيز الفقهاء التأمين التعاونى القائم على قصد التبرع والتعاون على البر والتقوى والتضامن والمساعدة وفعل الخير، والخالى من المحظورات

---

(١) ذكره الهيثمى فى المجمع (٨/ ١٦٣) وقال: رواه أبو يعلى والطبرانى فى الأوسط، وفيه ليث ابن أبى سليم وهو مدلس، وبقية رجاله ثقات.

(٢) ينظر: د/ عبد الله مبروك ص (١٠٥ - ١١١).

الشرعية كالغرر والجهالة والقمار والربا وأكل أموال الناس بالباطل. . . إلخ.

ومن حيث تطبيقاته، فيتفرع التأمين التعاونى إلى ثلاثة أقسام:

الأول: تطبيق التأمين التعاونى الإسلامى المتمثل فى:

الزكاة ونظام العواقل والنفقات التطوعية والإلزامية وبيت المال والتوازن الاقتصادى، ولا أحسب أن أحدًا يخالف هذا الرأى؛ لأنه يدعو إلى تطبيق أحكام شريعة الله الواجبة التطبيق والتنفيذ؛ ولأن القائلين بإجازة التأمين مطلقًا نظروا إلى واقع المسلمين فى العصر الحالى وهيمنة التشريعات الوضعية على تصرفاتهم وأحوالهم وغياب الشريعة الإسلامية عن ميدان التطبيق العملى؛ لذلك استندوا إلى الضرورة والحاجة والتيسير على الناس ورفع الحرج.

الثانى: الذى يقول بإخراج عقد التأمين من العقود الاحتمالية باعتباره عقد تبرع، واستبعاد أسلوب المعاوضة وسائر الشروط التى تنبع منها، وأن يكون الاشتراك مقصودًا به التبرع، وألا يكون هناك أطراف فى التعاقد وعدم تحديد مبلغ التعويض، وأن يكون التعويض حسب الحاجة، واستبعاد حالات السقوط والفسخ والبطلان وقاعدة النسبية وتأمين المغالاة وإلغاء قاعدة الحلول والتفرقة بين تأمين الأشخاص وتأمين الأشياء، وأن تقوم الجمعيات على أساس مهنى أو محلى، وهذا التصور يلتزم بالقواعد الشرعية؛ لأن جميع العقود والالتزامات ذات الصفة التبرعية لا تقوم على فكرة التبادل والمماثلة فى التعويض والجبر؛ وإنما تقوم على أساس التعاون على البر والتقوى.

والثالث: الذى يقول بأن يكون التأمين التعاونى عقد تبرع يقصد به التعاون على تفتيت الأخطار، والاشتراك فى تحمل المسئولية عند نزول الكوارث عن طريق إسهام أشخاص بمبالغ نقدية تخصص لتعويض من يصيبه الضرر، وأن يكون التأمين التعاونى فى شكل شركة تأمين مختلطة تتيح للأفراد القيام بمسئولية المشروع، وللدولة الرقابة والتوجيه مع الالتزام بالفكر التعاونى التأمينى، وأن يكون للمنظمة فروع وأقسام فى كافة المدن بحسب الأخطار وفئات ومهن المتعاونين، وأن تطبق قاعدة الصفة التعويضية وقاعدة النسبية وتوزيع التعويض وتحديد الاشتراكات وفق الأسس الفنية للتأمين، وأن يدار بأسلوب فنى وعلى أساس قسط يدفع مقدمًا وعقود فردية تعقدها المنظمة مع كل مستأمن باعتبارها ممثلة لهم، وهو صورة التأمين

التبادلى الحديث، مع اعتبار عقد التأمين عقد تبرع.

والنص على اعتبار القسط على سبيل التبرع، أو اعتبار عقد التأمين من عقود التبرع - لا يحوله من عقود المعاوضة إلى عقود التبرع، ولا ينفى عنه المعاوضة والاحتمال إلا إذا أخذ القائلون بهذا الرأى بالآراء الواردة فى البند السابق، ولكن الواضح أنهم يأخذون بعقد التأمين التبادلى المطبق فى الدول الغربية ولو أنهم لم يقدموا تصورًا كاملا لهذا العقد من حيث أركانه وشروطه والتزامات المتعاقدين فيه وآثاره(١).

وعلى هذا نقول: إن عقد التأمين التعاونى بالصورة المعروضة لا يعتبر عقد تبرع، ولا يحقق مقاصد التعاون فى الإسلام ولا حتى فى القانون الوضعى.

وخلاصة القول: إن أى عقد - التأمين وغيره - إذا كان متمشيًا مع القواعد العامة فى الشريعة الإسلامية خاليًا من المحظورات التى تجعل العقد باطلا فهو جائز، أما إذا وقع العكس فهو غير جائز ويكون حكمه التحريم.

وإذا كانت الغاية من التأمين بصوره المختلفة - كما يزعم البعض - هى التعاون والتكافل لمواجهة الأخطار، فإن الشريعة الإسلامية كفيلة بتحقيق هذه الغاية وغيرها، بل وتحقيق مصالح العباد كلها دون أن تتخلف مصلحة واحدة، والسبب فى ذلك بَيِّن وواضح، وهو أن هذه الشريعة ربانية من عند الله - عز وجل - الخالق العليم الخبير اللطيف القائل: ﴿أَلَا يَعْلَمُ مَنْ خَلَقَ وَهُوَ اللَّطِيفُ الْخَبِيرُ﴾ [الملك: ١٤]، كما أن الشريعة الإسلامية تدرأ المفاسد، ولا تقف حائرة ولا جامدة أمام مشكلة أو حادثة؛ بل توجد فيها الحلول العادلة لكل ما جَدَّ ويجد من أحداث فى كل مكان وزمان، المهم أن يفهم روحها، وتطبق قواعدها العامة على المستجدات من قبل الفقهاء المجتهدين.

والشريعة الإسلامية تكفل نظامًا تأمينيًا للفرد والمجتمع لا يمكن - بأى حال من الأحوال - أن تقترب منه أى شريعة مهما وصلت من الدقة والنظام والإحاطة بالأمور؛ لأن شريعة الإسلام - كما قلنا - شريعة ربانية، وضع منهجها ونظامها رب العالمين الخالق العالم سبحانه؛ ومن ثم فإن اتباع هذه الشريعة بما فيها من تنظيمات

---

(١) ينظر: نظام التأمين، للدكتور مصطفى الزرقا ص (١٦٩، ١٧٠).

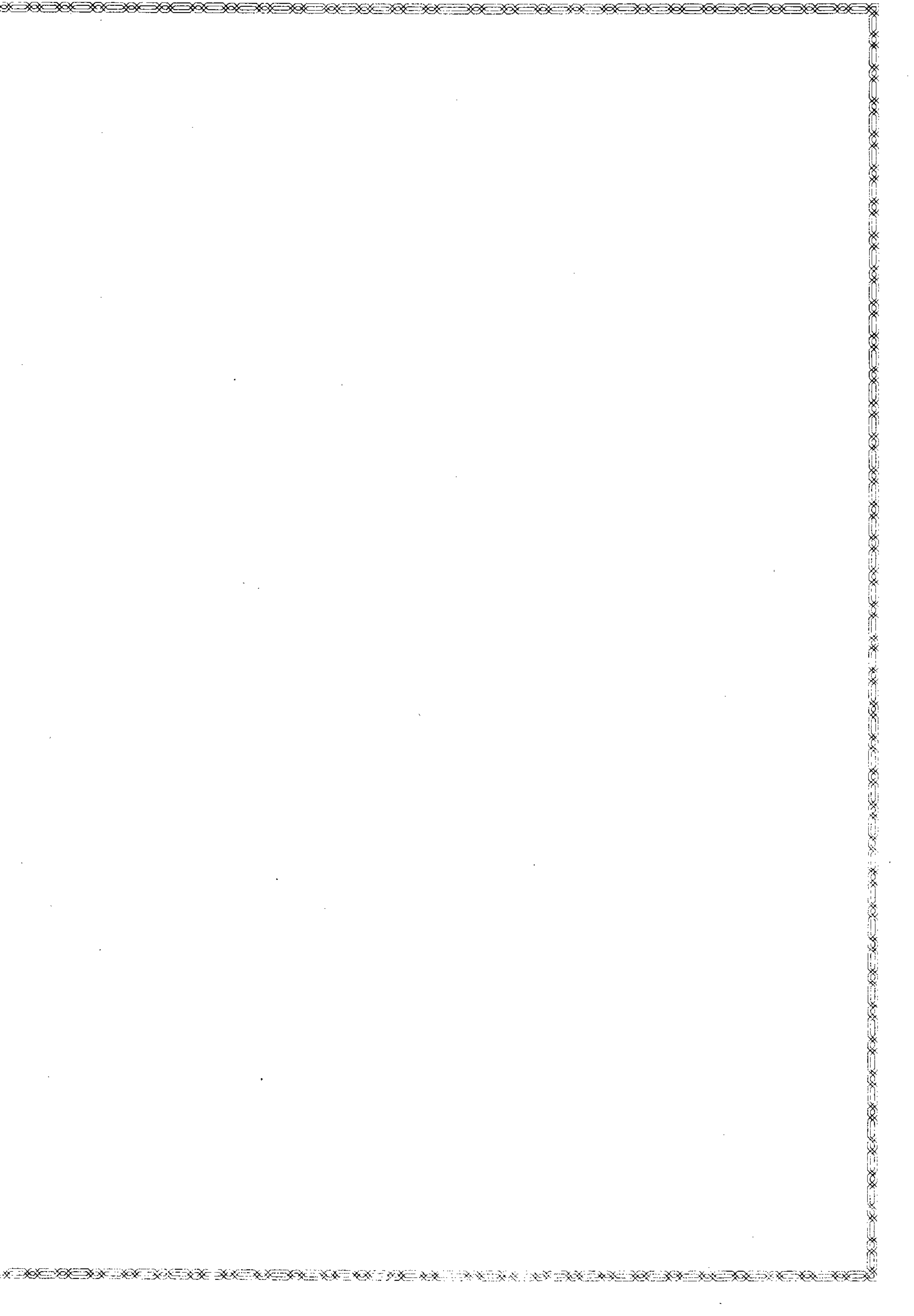
دقيقة صالحة يكفل للفرد الأمان الشامل لكل مناحى الحياة، ويكفل للمجتمع الرفاهية والسعادة، وقد سبق أن بان لنا ذلك عند دراسة التأمين الإسلامى.

والله الموفق والهادى إلى سواء السبيل[1].

* * *

(١) انظر: إبراهيم مختار، التمويل المصرفى منهاج لاتخاذ القرارات، طبعة مكتبة الأنجلو المصرية، القاهرة ١٩٨٤م. ص(١٦٧-١٧٠).

- حمدى عبد العظيم، خطاب الضمان فى البنوك الإسلامية، طبعة المعهد العالمى للفكر الإسلامى، ضمن سلسلة: دراسات فى الاقتصاد الإسلامى رقم (١٣)، ١٤٠١هـ - ١٩٨١م، ص(٢٠-٢٢).



فهرس الموضوعات

* * *